Voraussetzungen, Art und Umfang des gewerblichen Fortbenutzungsrechtes im Deutschen Patentgesetz.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Oskar Proskauer,
Referendar.

Striegau 1910.
F. Breythers Buchdruckerei.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meiner lieben Mutter

und

dem Andenken meines teuren Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543119_0125

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Erster Teil: Die Voraussetzungen des Rechtes und Erörterungen grundlegender Fragen.

§ 2. I. Vorliegen einer patentierten Erfindung . . . 2

II. Die Person des Vorbenutzers:

§ 3. a. Allgemeines 2

§ 4. b. Mehrzahl von Vorbenutzern 3

§ 5. c. Der Angestellte, der Miteigentümer und der Miterfinder als Vorbenutzer 3

III. Die Benutzung der Erfindung:

a. Allgemeine Seite der Benutzung:

1. Kurze Feststellung des Begriffes „Erfindung":

§ 6. aa. „Erfindung im subjektiven Sinne" und „Inventat" scheiden aus 5

§ 7. bb. „Erfindung im objektiven Sinne" . . 7

§ 8. 2. Kann der gedankliche Inhalt der Erfindung in Benutzung genommen werden? . . . 8

§ 9. 3. Gehört zur Benutzung auch die Erkenntnis der Erfindung? 9

4. Doppelerfindung:

§ 10. aa. Allgemeines 10

§ 11. bb. Stellungnahme der Wissenschaft . . 11

§ 12. cc. Stellungnahme der Judikatur zu der Frage 13

b. Spezielle Seiten der Benutzung:

§ 13. 1. Allgemeines 15

2. Umfaßt das Wort „Benutzung" die vier in § 4 P. G. erwähnten Handlungen?

§ 14. aa. Die entgegengesetzten Ansichten der Autoren 15

§ 15. bb Eigene Ansicht mit Argumenten . . 16

§ 16. cc. Die Argumente von Kohler und Schanze 17

§ 17. dd. Lizenzerteilung ist keine Benutzung . 18

§ 18. 3. Nur die technische Benutzung ist erforderlich 19

Seite

§ 19. 4. Offenkundigkeit der Vorbenutzung ist kein Hindernis 19
5. Benutzung zu privaten Zwecken:
§ 20. aa. Vorbemerkung 20
§ 21. bb. Die Allfeld-Seligsohn'sche Ansicht . . 21
§ 22. cc. Die Kohler-Isay'sche Ansicht und deren Begründung 21
§ 23. c. Veranstaltungen zur Benutzung 23
§ 24. IV. Identität der Erfindung 26
V. Maßgebender Zeitpunkt, in dem die Vorbenutzung stattgefunden haben muß:
§ 25. a. Allgemeines 27
§ 26. b. Fixierung des Zeitpunktes 27
§ 27. c. Unterbrechung der Benutzung 28
§ 28. d. Unterbrechung der Veranstaltungen . . . 29
§ 29. VI. Benutzung im Inlande 29
VII. Redlicher Erwerb:
§ 30. a. Ansichten der verschiedenen Schriftsteller . . 30
§ 31. b. Eigener Standpunkt 31
VIII. Selbständigkeit des Besitzstandes:
§ 32. a. Meinung Isay's 32
§ 33. b. Eigener Standpunkt 33

Zweiter Teil: Die Art des Rechtes.

§ 34. I. Ansichten in der vorhandenen Litteratur . . . 35
II. Eigene Ansicht:
§ 35. a. Recht an der Erfindung *nach* der Patenterteilung 41
§ 36. b. Recht an der Erfindung *vor* der Patentanmeldung 44
§ 37. c. Das Recht aus § 5 Abs. 1 P. G. 47

Dritter Teil: Der Umfang des Rechtes.

I. Einleitung:
§ 38. a. Historisches 53
§ 39. b. Allgemeines 53
II. Betrieb:
§ 40. a. Gewerbebetrieb und privater Haushalt . . 54
b. Bedürfnisse des Betriebes:
§ 41. 1. Allgemeines und Uebergang auf andere Benutzungsarten 56
§ 42. 2. Scheinbarer Uebergang auf andere Benutzungsarten 57

		Seite
§ 43.	3. Eigene Fabrikation des Nur-Gebrauchers	58
§ 44.	4. Uebergang vom Gebrauchen zum Herstellen	58
	c. Umfang des Betriebes:	
§ 45	1. Erweiterung	59
	2. Oertliche Begrenzung:	
§ 46.	aa. Allgemeines	61
§ 47.	bb. Oertliche Unbeschränktheit	61
§ 48.	cc Oertliche Beschränktheit	62
§ 49.	dd. Normierung des Zeitpunktes, wann die Beschränkung eintritt	64
§ 50.	d. 1. Fremde Werkstätten	65
§ 51.	2. Exkurs de lege ferenda	66
	III. Uebertragung des Rechts:	
§ 52.	a. Allgemeines	67
§ 53.	b. Uebertragung der Veranstaltungen	68
§ 54.	c. Ist das Recht dem Betrieb inhärent?	68
§ 55.	d. Uebertragung des Betriebes	71
§ 56.	e. Teilweise Uebertragung des Betriebes	72
§ 57.	f. Uebertragung im Wege der Zwangsvollstreckung	72
§ 58.	IV. Schutz der Produkte	73
§ 59	V. Endigung des Rechtes aus § 5 Abs. 1 P. G.	74

Litteratur-Verzeichnis.

Bemerkung: Die mit * versehenen Werke sind ohne nähere Angabe zitiert.

Adler: Zivilrechtliche Erörterungen zum Patentregister, in: Grünhuts Zeitschrift Bd. 27. Wien 1900.

* Allfeld: Kommentar zu den Gesetzen über das gewerbliche Urheberrecht. München 1904.

Allfeld: Kommentar zu den Gesetzen vom 19. Juni 1901. München 1902.

Bolze: Aus dem Patentrecht, in: Festschrift der Universität Leipzig. Leipzig 1909.

* Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 4. Tübingen 1908.

* Damme: Das deutsche Patentrecht. Berlin 1906.

Damme: Technische Erfindung und Technik des Erfindens, in: Festgabe an Josef Kohler. Berlin 1909.

* Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Bd. 2. Halle a. S. 1897.

* Du Bois-Reymond: Erfindung und Erfinder. Berlin 1906.

* Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands. Berlin 1906.

* Ephraim. Deutsches Patentrecht für Chemiker. Halle a. S. 1907.

Gareis: Das deutsche Patentgesetz vom 25. Mai 1877. Berlin 1877.

* Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. 1. Leipzig 1895.

v. Jhering: Der Besitz, in: Jherings Jahrbüchern Bd. 32.

* Isay: Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern. Berlin 1903.

* Kent: Das Patentgesetz, Bd. 1. Berlin 1906.

Klein: In: Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, Bd. 2. S. 210.

Kohler: Handbuch des deutschen Patentrechts. Mannheim 1902.

Kohler: Lehrbuch des Patentrechts. Mannheim und Leipzig 1908.

Kohler: Studien zum Patentrecht, in: Grünhuts Zeitschrift Bd. 25. Wien 1898.

Kohler: Musterrecht. Stuttgart 1909.

* Laband: Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Bd. 3. Tübingen und Leipzig 1901.
* Lieber: Das deutsche Patentgesetz. Berlin 1892.
* Mittelstaedt: Das Recht des Erfinders, in: Festschrift der Universität Leipzig. Leipzig 1909.
* Munk: Die patentrechtliche Lizenz. Berlin 1897.
* Osterrieth: Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes. Leipzig 1908.
Robolski: Theorie und Praxis des deutschen Patentrechts. Berlin 1890, abgek.: Th.
Robolski: Das Patentgesetz. Berlin 1908, abgek.: Komm.
* Schanze: Patentrechtliche Untersuchungen. Jena 1901.
Schanze: Das Recht der Erfindungen und Muster. Leipzig 1900.
* Seligsohn: Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern. Berlin 1909.
Seligsohn: Bilden formelle Mängel im Erteilungsverfahren einen Nichtigkeitsgrund? in: Festgabe an Josef Kohler. Berlin 1909.
* Stenglein: Die Reichsgesetze zum Schutz des geistigen und gewerblichen Eigentums. Berlin 1902.
Wertheimer: Die Zwangsvollstreckung in gewerbliche Schutzrechte, in: Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht Bd. 2.
Zoll: Privatrechtliche Studien aus dem Patentrechte, in: Grünhuts Zeitschrift Bd. 21. Wien 1894.

Die Reichsgerichtsentscheidungen sind nach
Gareis, Entscheidungen in Patentsachen (bezw. von Bd. 11 an: Entscheidungen in Patent-, Muster- und Markenschutzsachen), abgek.: Gar.
oder nach
Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen, abgek.: Bl.
oder nach
Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
zitiert.

Einleitung.

§ 1.

Bevor das Wesen des sogenannten Rechtes des Vorbesitzers einer Erfindung untersucht wird, ist es notwendig, daß die Voraussetzungen des Rechtes klargelegt werden.

§ 5 Abs. 1 P. G. gibt selbst die Voraussetzungen an. Es müssen folgende Momente vorhanden sein:

1. muß eine Erfindung vorliegen, die patentiert oder zum Patent angemeldet ist;

2. die gleiche Erfindung muß in Benutzung genommen sein oder die zur Benutzung erforderlichen Anstalten müssen getroffen sein, und zwar im Betriebe eines anderen als des Anmelders;

3. dies muß zur Zeit der Anmeldung geschehen sein;

4. die Benutzung muß im Inlande erfolgt sein.

Vom guten Glauben und der Redlichkeit des Vorbenutzers [1]) ist nicht die Rede, doch wird auch dieser Punkt zu untersuchen sein.

[1]) „Vorbenutzer" gebräuchlicher als „Vorbesitzer", s. u. § 17am Ende.

Erster Teil: Voraussetzungen des Rechts und Erörterungen grundlegender Fragen.

I. Vorliegen einer patentierten Erfindung.

§ 2.

Das erste Erfordernis für das Vorhandensein des Rechtes des Vorbenutzers ist, daß eine Erfindung patentiert sein muß. Dies geht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 5 P.G. hervor. Gemäß § 23 Abs. 1 P. G. steht der erfolgten Patentierung gleich, wenn die Anmeldung durch das Patentamt bekannt gemacht ist.[1]

II. Die Person des Vorbenutzers.

§ 3.

Daß die Person des Patentinhabers nicht dieselbe sein darf wie die des Vorbenutzers, versteht sich von selbst.[2] Es ist ferner gleichgiltig, ob der Vorbenutzer Inländer oder Ausländer ist. Wenn Isay[3] sagt, der Vorbenutzer müsse, falls er im Auslande wohnt, zur Wahrung seiner Rechte einen Vertreter im Inlande bestellen, so weist wohl Kent[4] diese Ansicht mit Recht zurück mit der Begründung, daß der Vorbenutzungsberechtigte, da er Dritten gegenüber Rechte aus dem Patent nicht geltend machen könne, eines Vertreters nicht bedürfe. Uebrigens täuscht sich Isay mit der Behauptung[5], Seligsohn teile diese seine Ansicht. Dieser spricht nur von „jedem, welcher die Rechte aus dem Patent" geltend macht.[6] Dieser Fall könnte nur praktisch werden, wenn ein im Auslande

---

[1] Vgl. R. G. E. v. 22. 2. 1894, Gar. Bd. 10 S. 274; Isay S. 168.
[2] Vgl. Ephraim S. 437; Kent S. 549.
[3] S. 242.
[4] S. 835.
[5] S. 242.
[6] Anm. 2 zu § 12.

Wohnender im Inlande eine gewerbliche Niederlassung hat und hier die Vorbenutzung stattfindet.

Die Person des Vorbenutzers kann auch eine juristische oder eine Handelsgesellschaft sein.[1])

Es bedarf ferner der Erwähnung, daß der Patentinhaber oder Anmelder, der sein Patentrecht veräußert hat, sich späterhin nicht darauf berufen darf, er habe zur Zeit der Anmeldung die Erfindung in Benutzung gehabt und mache sein Recht aus § 5 P. G. geltend. Das wäre, da es gegen die guten Sitten verstößt, nicht im Sinne des Gesetzgebers. Es besteht auch in diesem Punkte kein Zweifel unter den Theoretikern, Kommentatoren und dem Reichsgericht.[2])

§ 4.

Es ist auch möglich, daß eine Mehrzahl von Vorbenutzungsberechtigten vorhanden ist, entweder, daß mehrere unabhängig von einander die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 P. G. erfüllen; dann entstehen mehrere selbständige Rechte. Oder mehrere Personen haben gemeinschaftlich den Tatbestand des § 5 Abs. 1 erfüllt; dann steht ihnen nur gemeinsam die Befugnis der Fortbenutzung zu[3]), jedoch nur so, daß jeder auf den Teil der Fabrikation oder des Verfahrens beschränkt ist, der dem Besitzstand zur Zeit der Anmeldung des Patentberechtigten entsprochen hat. Wenn also zwei Miterfinder eines Verfahrens in der Weise gemeinsam die Arbeit gefördert haben, daß der erste die erste Hälfte des Verfahrens dargestellt hat, der zweite die andere Hälfte, so ist jeder künftighin auf den Teil des Verfahrens in seiner Benutzung beschränkt, den er zur Zeit der Anmeldung schon benutzt hatte; keiner darf den anderen Teil benutzen. Kohler nennt dies die „technisch qualitative Beschränkung".

§ 5.

Die Frage, ob das Vorbenutzungsrecht vorliege, stößt auf eine kleine Schwierigkeit bei der Betätigung des technischen Angestellten im Betriebe seines Dienstherrn. Man sollte geneigt sein zu meinen,

---

[1]) Vgl. z. B. Kent S. 549.

[2]) Vgl. Kohler, Hdb. S. 472; Robolski, Th., S. 224; Gierke S. 884 Anm. 12; Seligsohn S. 153 und 163; Allfeld S. 104 u. a.

[3]) Vgl. Kohler, Hdb. S. 482; Kent S. 550.

daß ein Unterschied bestehe zwischen dem Angestellten, der mechanisch den Weisungen seines Herrn bei der „Benutzung" einer Erfindung folgt und demjenigen, welcher als Angestellter selbständig eine Erfindung macht. Dies ist aber nicht der Fall. Es besteht kein Zweifel, daß dem bloßen Gehilfen in einem Betriebe ein Recht aus § 5 nicht zusteht, auch wenn er die Erfindung selbst „benutzt" hat. Dieses Verhältnis würde etwa dem des Besitzdieners (§ 855 B. G. B.) entsprechen; er verrichtet nur mechanisch die ihm aufgetragenen Weisungen. Diesen Standpunkt nimmt auch das Reichsgericht ein[1], ebenfalls die Litteratur[2]. Aber auch, wenn die Betätigung des Angestellten in selbstschöpferischer geistiger Arbeit, nicht nur in der mechanischen Tätigkeit eines lebenden Werkzeuges besteht, so muß man trotzdem annehmen, daß eine Voraussetzung für das Recht aus § 5 in der Person des Betreffenden nicht gegeben sei. Es besteht eine Verschiedenheit der Meinung, ob der Angestellte zunächst für sich ein Erfinderrecht zur Entstehung bringt und sofort nach der Entstehung des Rechtes dieses auf den Geschäftsherrn übergeht — so z. B. Gierke[3] und Crome[4] — oder ob eine Stellvertretung in der Erfindertätigkeit möglich ist und der Geschäftsherr aus der geistigen Arbeit des Angestellten unmittelbar berechtigt wird — so z. B. Kohler[5] und Dernburg[6]. — Es liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit, den besagten Streit zu beleuchten. Es kann dahingestellt bleiben, ob die eine oder die andere Meinung mehr für sich hat. Da beide Konstruktionen zu demselben Resultat gelangen, kommt dieses Problem für die Frage, auf welche Personen sich das Recht aus § 5 erstreckt, in Fortfall. Ingenieure und Werkmeister, Handlungsgehilfen und Arbeiter, die innerhalb des Gewerbebetriebes ihres Dienstherrn Erfindungen machen und im Betriebe benutzen, erfüllen für ihre Person nicht die Bedingungen, die § 5 P. G. stellt, sind also vom Gesetze nicht als Vorbenutzer anzusehen; Vorbenutzer ist einzig und allein ihr Geschäftsherr.

---

[1]) Entsch. vom 28. 6. 1902, Bl. Bd. 9, S. 187.

[2]) Kohler, Hdb. S. 475; Robolski, Th., S. 223; Allfeld S. 105; Seligsohn S. 153 u. a.

[3]) S. 869.

[4]) S. 102.

[5]) Hdb. S. 231 und 234 ff.

[6]) S. 962.

Ephraim[1]) führt dies auf das Erfordernis zurück, daß Anmelder und Vorbenutzer verschiedene Personen sein müssen. Es liegt hier, wie er sagt, eine rechtliche Gemeinschaft zwischen ihnen vor.

Der Angestellte, der erfindet, kann nur dann Vorbenutzer seinem Geschäftsherrn gegenüber sein, wenn die Erfindung nicht in den Rahmen seiner Betriebstätigkeit fällt, d. h. wenn die Tätigkeit im Betriebe seines Geschäftsherrn ihm nicht die Anregung zur Erfindung gegeben hat und die sonstigen Voraussetzungen vorliegen. Das Reichsgericht erklärt in der Entscheidung vom 28. 6. 02 (l. c.), der Erfindungsbesitz müsse ein „selbständiger im eigenen Interesse ausgeübter gewesen sein", die Erfindung müsse „für eigene Zwecke" benutzt sein. Ueberläßt der Dienstherr dem Angestellten die Erfindungen zur eigenen Ausbeutung und erfolgt diese im Betriebe des Dienstherrn, so erwirbt dieser andererseits kein Vorbenutzungsrecht wie dies die Reichsgerichtsentscheidung vom 14. 12. 1903[2]) zu erkennen gibt. Es versteht sich nach dem Gesagten von selbst, daß auch der Miteigentümer eines Unternehmens nicht für seine Person ein Vorbenutzungsrecht geltend machen kann,[3]) dagegen wird dem Miterfinder, der die Erfindung in Benutzung genommen hat, während ein anderer Miterfinder das Patent erlangt hat, die Befugnis, weiter zu benutzen, nicht zu versagen sein.

III. Die Benutzung der Erfindung.

§ 6.

Zu den Erfordernissen des § 5 gehört ferner, daß die Erfindung, die Gegenstand des Patentes ist, in Benutzung genommen ist. — Bevor zur Erörterung dessen vorgegangen wird, was das Gesetz unter „Benutzen" versteht, muß über den Begriff der „Erfindung" einiges festgestellt werden, zumal da das Wort „Erfindung" im § 5 beide Male in etwas verschiedener Färbung gebraucht ist. Dieser Begriff, der eine umfangreiche Abhandlung erforderte, soll hier nicht ex profundo erörtert werden, es sollen nur die wichtigsten Punkte festgelegt werden:

[1]) S. 437.

[2]) Bl. Bd. 10 S. 364; vgl. auch Robolski, Th., S. 224; Allfeld S. 105; Ephraim S. 437; Isay S. 170; Seligsohn S. 153 u. a.

[3]) Vgl. auch Kent S. 551.

Kohler unterscheidet bei dem Begriffe „Erfindung“ [1]) zweierlei: 1. die Tatsache des Erfindens, 2. das Resultat des Erfindens, das Erfundene. Er nennt auch diese beiden Seiten des Problems: „Erfindung im subjektiven Sinne“ und „Erfindung im objektiven Sinne“. Die Erfindung im subjektiven Sinne ist eine „geistige Tätigkeit des Erfindens“, „ein Akt des Erkennens“ [2]), von Du Bois-Reymond „Invention“ genannt. [3]) Dieser Begriff scheidet aus dem Kreise der Betrachtungen für unsere Zwecke aus, da ein „Akt des Erkennens“ offenbar nicht in „Benutzung“ genommen werden kann. Es ist überhaupt das subjektive Moment für den Erfindungsschutz gleichgiltig. [4]) Das Patentgesetz fragt nach dem „Erfinder“ nicht; im ganzen Gesetzestext kommt dieses Wort nicht vor. Wenn auch das ganze Patentgesetz als ein Förderungsmittel und eine Triebfeder für die Technik gedacht ist [5]), so ist doch der Begriff „Erfindung“ derart darin objektiviert, daß von einem subjektiven Momente gar nicht die Rede ist. Es wäre sogar ein Fall denkbar, in dem eine Entdeckung vom Patentamt als „Erfindung“ bezeichnet werden müßte, infolge der Objektivation, die § 2 Abs. 1 feststellt. Infolgedessen würde diese Entdeckung auch für § 5 eine „Erfindung“ sein.

Die alten Aegypter sollen ein Verfahren gehabt haben, um Kupfer derart zu härten, daß Meißel daraus hergestellt werden konnten. Bis heute kennt niemand das Verfahren. Angenommen ein Aegyptologe fände in einem Papyrus dieses Verfahren angegeben, dann könnte er auf seinen Namen ein Patent dafür anmelden, und selbst wenn es dem Patentamt bekannt wäre, auf welche Weise der Aegyptologe zu der Kenntnis des Verfahrens gekommen ist, dürfte das Patent nicht versagt werden. Einem Kupferschmied, der vielleicht insgeheim dies Verfahren, auf das er selbst gekommen ist, angewendet hat, würde ebenfalls der Schutz des § 5 P. G. zur Seite stehen. Wir sehen daraus, daß die Präexistenz des Inventats für die „Erfindung“ in Satz 1 und 2 des § 5 P. G. — der Begriff in Satz 2 ist derselbe wie der der §§ 1 und 2 P. G. — nicht in Frage

[1]) Hdb. S. 83 ff.
[2]) S. 203 l. c.
[3]) S. 51.
[4]) S. u. § 35.
[5]) Denkschr. „Zur deutschen Patentgesetzgebung“ 1868 S. 11.

kommt. Wir können also mit dem Begriffe „Inventat", dem Objekte der Invention (nicht dem Resultat der Invention), den Du Bois-Reymond[1]) in seinem Werke „Erfindung und Erfinder" aufstellt, ebenfalls nicht im § 5 P. G. operieren, lassen ihn daher beiseite.

§ 7.

Es bleibt also übrig die „Erfindung im objektiven Sinn", „das Resultat des Erfindens". Nach Kohler[2]) ist: „Erfindung im objektiven Sinn eine zum technischen Ausdruck gebrachte Ideenschöpfung des Menschengeistes, die der Natur eine neue Seite abgewinnt und hierdurch mit Erfolg darauf abzielt, durch Benutzung von Naturkräften menschliche Postulate zu erfüllen." Hierbei subsumiert Kohler[3]), daß die Erfindung etwas *Geistiges* ist, „das zwar einen materiellen Ausdruck finden, *nie aber in etwas Materiellem vollständig erschöpft werden kann*." Es ist dies eine der unzähligen Definitionen des Begriffes „Erfindung", von denen ein großer Teil bei Schanze „das Recht der Erfindungen und Muster" (S. 27 ff.) zusammengestellt ist. Die meisten kehren das subjektive Moment hervor, sind also für das Patentgesetz nicht brauchbar. Der Fehler dieser Definitionen liegt m. E. größtenteils in der Verkennung dessen, was das Gesetz betont. Im § 1 P. G. liegt der Ton auf „*neu*", nicht auf „*Erfindung*". Man könnte für das letztere Wort auch „technische Errungenschaft" oder „technischer Erfolg" sagen, ohne daß der Sinn des ganzen Patentgesetzes geändert würde. Was „*neu*" im Sinne des Gesetzes ist, definiert § 2 P. G.[4]). Es ist aber, wie obiges Beispiel von dem Aegyptologen zeigt, an sich gleichgiltig, ob der technische Erfolg eine „Erfindung" oder eine „Entdeckung" ist. Daß auf die Entdeckung eines mathematischen Satzes kein Patent erteilt wird liegt nicht daran, daß sie eine *Entdeckung* und keine *Erfindung* ist, sondern daran, daß die Entdeckung keinen *technischen* Charakter hat und daran, daß die Entdeckung nach der bestehenden sozialen Ordnung keine gewerbliche Verwertung gestattet. „Erfindung" aber daraufhin zu definieren, daß ein *technischer* Erfolg erzielt wird (Gareis), ist widersinnig.

---

1) S. 53 ff.
2) Hdb. S. 83.
3) S. 84. l. c.
4) Streitfrage! Vgl. Seligsohn S. 55.

Die Infinitesimalrechnung wurde doch nicht von Leibniz und Descartes „entdeckt", sie wurde von ihnen „erfunden".

Das Patentgesetz gebraucht nun einmal das Wort „Erfindung", aber nicht so, wie wir es im täglichen Leben gebrauchen. Sehr treffend sagt Damme [1]), daß in unserem Patentgesetz „der landläufige Begriff „Erfindung" aufgelöst und die ihm sonst innewohnende Eigenschaft der „Neuheit" selbständig betont und hervorgehoben ist." — „Was bleibt von jenem (sc. dem Sprachgebrauche des täglichen Lebens, der die Eigenschaft der objektiven Neuheit des Ergebnisses der Erfindung fordert) übrig, nachdem das objektive Moment der Neuheit herausdestilliert ist? — Wenn in Praxis und Lehre fortgesetzt neben dem Begriffe der Neuheit noch von dem der „Erfindungseigenschaft" gesprochen wird, so besteht der dringende Verdacht, daß man dabei die Sprache des Gesetzes übersieht und wieder in die Vorstellung des täglichen Lebens zurückverfällt. — Die einzige Eigenschaft, welche das Gesetz für den Patentschutz von einer (gewerblich verwertbaren) Erfindung, will sagen: einem technischen Gedanken — mehr hat das Gesetz von dem landläufigen Erfindungsbegriff nicht übrig gelassen — fordert, ist, daß er „neu" ist [2])." Es steht nach dem Gesagten fest, daß eine Erfindung im objektiven Sinne, d. h. das, was das Patentgesetz in den §§ 1 und 2 unter „Erfindung" versteht, in Gebrauch genommen sein muß, damit der Tatbestand des § 5 Abs. 1 erfüllt werde.

§ 8.

Kann man nun etwas Geistiges, das „nicht eigentlich verkörpert werden kann [3])", überhaupt in Gebrauch nehmen?

Der Gesetzgeber ist wohl nicht von diesem Gesichtspunkte ausgegangen. Im Berichte der Reichstagskommission zum Entwurfe des Gesetzes vom 25. Mai 1877 heißt es: „Es wäre unbillig, das Recht der Benutzung dem zu entziehen, der Kraft, Zeit und Kapital

---

[1]) Kohler-Festgabe S. 299 ff.

[2]) Soweit sind die Erörterungen Dammes m. E. richtig, im Folgenden schließe ich mich nicht vollständig ihnen an. (Diese interessante Frage ist bei Kohler (Hdb. S. 178 ff.; Lehrb. S. 68 ff.), Seligsohn (S. 55) und den dort zit. Schriftstellern behandelt.) Doch würde die Erörterung desselben zu weit führen.

[3]) Kohler, Hdb. S. 84.

für die Erfindung aufwandte[1]." Aus diesen Worten kann man nicht entnehmen, ob der Gesetzgeber die Benutzung des gedanklichen Inhalts der Erfindung meinte. Es ist jedoch nach dem Zusatze „oder die zur Benutzung erforderlichen Anstalten getroffen hatte" deutlich, daß zunächst an das den gedanklichen Inhalt verkörpernde Substrat, an die Maschine, gedacht wurde, denn auch dieses wird mit dem Worte „Erfindung" bezeichnet — namentlich da die Veranstaltungen erkennbar sein müssen[2]. — Es steht ferner in § 5 P. G., daß der Vorbenutzer die Erfindung weiterhin auszunutzen befugt sei. Wenn nun bloß das in dem konkreten Falle vorhandene Substrat weiter benutzt werden dürfte, dann dürfte z. B. nach Abnutzung der betreffenden Maschine nicht eine neue wieder hergestellt werden. Man nimmt infolgedessen wohl richtig an, daß auch das erste Wort „Erfindung" in § 5 den durch die Maschine verkörperten Gedanken meint, wenn es auch zunächst in einem anderen Sinne gebraucht worden ist.

§ 9.

Wenn nun der Vorbenutzer den gedanklichen Inhalt der Maschine benutzt oder die erforderlichen Anstalten dazu trifft, so „genügt es nicht, wenn äußerlich der früher benutzte Gegenstand oder das früher angewendete Verfahren sich mit dem Gegenstande der geschützten Erfindung deckt; vielmehr muß noch das subjektive Moment hinzukommen, daß der Vorbenutzer den Erfindungsgedanken erfaßt[3]." Wer sich aber bei der rein mechanischen Tätigkeit des Benutzens nichts denkt, wer subjektiv nicht Zweck und Mittel erkennt, mit denen er arbeitet, der kann einen Gedanken nicht benutzen, der benutzt die Maschine, aber nicht die Erfindung; ihm wird die Bedeutung seines Handelns nicht klar[4]. Isay[5] macht besonders darauf aufmerksam, daß das Recht aus § 5 zur Voraussetzung habe, daß der zugrunde liegende technische Gedanke ergriffen werde,

[1]) zit. nach Schanze S. 187.

[2]) s. u. § 23.

[3]) Seligsohn S. 151; vgl. auch Kohler, Hdb. S. 473; Damme S. 357; Schanze S. 235; Robolski Komm. S. 44; Kent S. 541; Allfeld S. 105; Ephraim S. 438; Isay S. 170 u. a.

[4]) Vgl. auch Kent S. 541.

[5]) S. 175.

denn der Gegenstand des Vorbenutzungsrechtes sei ein „technischer Begriff". Denselben Standpunkt nimmt die Judikatur ein[1]). Seligsohn[2]) weist besonders auf die Kenntnis des Zusammenhanges zwischen Ursache und Wirkung hin, um eine beliebige Wiederholung ermöglichen zu können. Dies ist an sich richtig: nur ist m. E. der Zusammenhang, in dem er es erwähnt, unrichtig: Er stellt die beliebige Wiederholbarkeit als Erfordernis für die „Benutzung der Naturkräfte durch den Menschen" auf; und diese ist wiederum in die Definition des Begriffes „Erfindung" (S. 58) hineingezogen. Ich halte die Möglichkeit der beliebigen Wiederholung nicht für ein Kriterium der Erfindung, sondern für ein Kriterium der gewerblichen Verwertbarkeit (§ 1 P. G.). Bei Behandlung der gewerblichen Verwertbarkeit[3]) erwähnt Seligsohn die Wiederholbarkeit nicht. — Die „Kenntnis und Erkenntnis der Erfindung" ist schon vorhanden, wenn der Vorbenutzer die Mittel gekannt hat, um den gewollten Zweck zu erreichen. Es ist nicht nötig, daß er die Patentfähigkeit erkannt habe, d. h. daß er gewußt habe, die Erfindung könnte ihm patentiert werden, oder daß er die wissenschaftliche Erkenntnis der Vorgänge gewonnen habe; ja sogar „unrichtige Voraussetzungen über die Wirkungsart der angewendeten Mittel"[4]) nehmen dem Benutzenden nicht die Qualifikation des Vorbenutzers[5]).

Bei einer juristischen Person wird Kenntnis des Erfindungsgedankens von demjenigen zu fordern sein, dem der Betrieb des Erfindungsgegenstandes bezw. die Vornahme des Verfahrens obliegt, also von dem selbständigen Arbeiter, dem Werkmeister, Betriebsleiter usw; aber nicht von demjenigen, der mechanisch benutzt (vgl. Besitzdiener im Sachenrecht)[6]).

§ 10.

Es muß ausdrücklich betont werden, daß es zu den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 P. G. nicht gehört, daß die Person des Vorbenutzers Urheber des Erfindungsgedankens ist, den er benutzt.

---

[1]) Vgl. R. G. E. vom 15. 2. 1902, Bl. Bd. 8 S. 180.

[2]) S. 38 und 151.

[3]) S. 56 ff.

[4]) R. G. E. vom 11. 2. 1899, Bl. Bd. 5. S. 136.

[5]) Vgl. Entsch. vom 28. 10. 1905, Bl. Bd. 12 S. 9; ebenso Ephraim S. 437; Allfeld S. 106; Kent S. 541; Seligsohn S. 151 u. a.

[6]) s. oben § 5 am Anf.

Es sei nochmals erwähnt, daß das deutsche Patentrecht im Gegensatz zu den englischen, amerikanischen und den von ihnen abgeleiteten Patentrechten[1]) auch nicht nach der Person des Urhebers bei der Patentanmeldung fragt; also auch nicht bei der Vorbenutzung. Diejenigen, welche ein Erfinderrecht aus der „Schöpfungstat des Erfinders" konstruieren[2]), versuchen teilweise eine Urheberschaft bei dem Vorbenutzungsrecht zur Voraussetzung zu statuieren. Auch ältere Reichsgerichtsentscheidungen stehen auf diesem Standpunkte[3]). Es müßte demnach der Fall der Doppelerfindung vorliegen.

§ 11.

Robolski in „Theorie und Praxis[4])" erklärt, der Tatbestand des § 5 Abs. 1 erfordere es, daß die Willensbetätigung eines Dritten vorliegen müsse, „welcher unabhängig von dem Rechte des Patentberechtigten durch eigene selbständige Handlungen im eigenen Namen und für eigene Zwecke die Erfindung in Benutzung genommen hat." Es müsse demnach der Fall der Doppelerfindung vorliegen. Noch in seiner neuesten Auflage seines Kommentars (S. 44) steht er auf demselben Standpunkte. Es ist hierbei als unrichtig zu bezeichnen, daß der Fall der Doppelerfindung vorliegen muß. Kohler[5]) gibt ein Beispiel, in dem keine Doppelerfindung vorliegt, dagegen das Recht des Vorbenutzers aus § 5 P. G. entsteht. Auch Seligsohn[6]) und Isay[7]), ebenso Kent[8]) sind der Ansicht, daß eine Doppelerfindung nicht vorzuliegen brauche, wenngleich sie zugeben, daß dies der häufigste Fall der Anwendung des § 5 P. G. sein wird. Schanze[9]) widmet der Frage, ob Doppelerfindung vorliegen müsse, einen ganzen Abschnitt und zählt in ihm u. a. die Ansichten von Weber, Landgraf, Zoll, Pfizer, Appelius und Bettelheim auf. Das Ergebnis, zu dem er gelangt, ist in negativen Worten zum Ausdruck gebracht: „Die Identität des Ursprungs ist kein Hindernis".

---

1) Vgl. Osterrieth S. 51 f.
2) Gierke, Crome, Robolski, Allfeld u. a. Näheres s. u. § 34.
3) s. u. § 12.
4) S. 223 ff.
5) Hdb. S. 471.
6) S. 152.
7) S. 172.
8) S. 544.
9) S. 209 ff.

Schanze bemerkt hierbei sehr richtig[1]), daß, wenn auch der Fall der Doppelerfindung im Kommissionsberichte des Reichstags seinerzeit Erwähnung gefunden habe, man daraus noch nicht folgern müsse, daß das Gesetz nur auf den Fall der Doppelerfindung zu beschränken sei.

Es werden im Ganzen drei Fälle zu unterscheiden sein, in denen ein Vorbenutzungsrecht auftritt, ohne daß Doppelerfindung vorliegt:

1. Der von Kohler[2]) erwähnte Fall, daß sowohl der Patentinhaber als auch der Benutzer derselben Person die Kenntnis der Erfindung verdanken[3]).

2. Bei der oben behandelten gemeinsamen Erfindung von Patentnehmer und dem „anderen".

3. Bei der Bestellung einer Ware bei einem selbständigen Gewerbetreibenden, der selbst erst die neue Konstruktion für den Besteller schafft und sie in Benutzung nimmt, während sich dieser die Erfindung patentieren läßt[4]); aber ebenfalls, wenn der Besteller die Erfindung macht, sie bei einem selbständigen Gewerbetreibenden herstellen läßt und sie selbst später zum Patent anmeldet. Man wird in diesem Falle nicht einen Vertrag zwischen beiden annehmen dürfen[5]), sondern die stillschweigende Einwilligung des Patentberechtigten, daß der Fabrikant Vorbenutzer wird. Wenn ihm später das Vorhandensein eines Vorbenutzers nicht recht ist, so ist er sich schließlich selbst daran schuld, er hätte ja nicht nötig gehabt, den Fabrikanten am Erfindungsbesitze teilhaben zu lassen; er hätte vorerst das Patent anmelden können.

Dem vierten von Kent[6]) erwähnten Falle, „wenn der Benutzer die Kenntnis der Erfindung den Mitteilungen, Beschreibungen, Zeichnungen usw. des späteren Patentberechtigten entnommen hat, diese Entnahme aber keine widerrechtliche, vielmehr diese sowohl als die Benutzung mit Willen des späteren Patentinhabers erfolgt ist", dürfte in dieser Allgemeinheit nicht beizutreten sein. Es wäre

---

1) S. 214.
2) Hdb. S. 471.
3) Vgl. auch Kent S. 545.
4) Vgl. Seligsohn S. 153 u. R. G. E. vom 25. 1. 1908, Bl. Bd. 14 S. 190.
5) s. u. §§ 32 und 33.
6) S. 545.

doch Tatfrage, ob dieser Wille des späteren Patentinhabers ein bloßes Nicht-Widersprechen ist oder ob ein Vertrag zugrunde liegt. Im ersteren Falle würden die Regeln des § 5 P. G. maßgebend sein, im letzteren dagegen die für den Vertrag geltenden Regeln des B. G. B.[1].

§ 12.

Die Stellung des Reichsgerichts zur Frage der Doppelerfindung ist folgende: frühere Reichsgerichtsentscheidungen besagten, das Gesetz habe den Fall der Doppelerfindung im Falle des § 5 Abs. 1 P. G. vor Augen gehabt.[2] Diese Auffassung vertrat auch das Reichsgericht theoretisch, als es in der Entscheidung vom 10. 1. 1900[3] dem Begriffe „Doppelerfindung" ein wenig Zwang antun mußte, um zu einer gerechten Entscheidung zu gelangen. Der Tatbestand ist folgender: A. in Frankreich stellt eine Maschine her, B. kauft sie und nimmt sie in Gebrauch, darauf erfährt C. durch einen Monteur des A. die Konstruktion, läßt sie sich patentieren und untersagt dem B. den Gebrauch der Maschine. C. als Klägerin macht geltend, der § 5 P. G. habe den Fall der Doppelerfindung zur Voraussetzung[4] und die patentierte Maschine und die von der Beklagten gebrauchte Maschine rührten aus derselben Erfindung her. Das Reichsgericht sagt nun: „Wenn das Berufungsgericht der Ansicht ist, daß es sich hier um einen solchen Fall (sc. der Doppelerfindung) nicht handele, gleichwohl aber der § 5 Abs. 1 des Gesetzes Anwendung finden müsse, so geht es dabei von einem zu engen Begriff der Doppelerfindung aus. Wer tatsächlich die Maschine, welche der Klägerin patentiert ist, erfunden hat, darauf ist kein Gewicht zu legen. Patentrechtlich ist für das Gebiet des deutschen Reiches die Klägerin als die Erfinderin anzusehen, weil sie zuerst die Erfindung dem Gesetz gemäß angemeldet und darauf das Patent erhalten hat. Andererseits steht fest, daß schon längere Zeit, bevor die Klägerin den Monteur in Dienste genommen und

[1] Näheres s. u. § 33.

[2] Dies erklären deutlich die Entsch. vom 11. 6. 1890, Gar. Bd. 8 S. 288; vom 28. 11. 1895, Gar. Bd. 11 S. 82 und vom 11. 4. 1896, Gar. Bd. 14 S. 35.

[3] Gar. Bd. 14 S. 151.

[4] S. 151 l. c.

dieser sie in den Stand gesetzt hatte, die Maschine sich patentieren zu lassen, die patentierte Erfindung in Frankreich von der Firma A. ausgeübt worden war und daß auf diesen Umstand der zur Zeit der Patentanmeldung der Klägerin etwa vorhanden gewesene Erfindungsbesitz der beklagten Gesellschaft zurückzuführen sein würde. Es würde somit zwischen jenem Erfindungsbesitz und der angemeldeten Erfindung ein Verhältnis der Ableitung nicht bestehen, der Besitz vielmehr ein vom Patentberechtigten unabhängiger und damit durchaus im Sinne der herrschenden Meinung ein Anwendungsfall des § 5 Abs. 1 des Gesetzes gegeben sein."

Um also nicht dem Wortlaute nach von früheren Entscheidungen abzuweichen, wird dem Begriffe „Doppelerfindung" ein Zwang angetan und hineingelegt, es sei gleichgiltig ob beide Erfindungsbesitzstände aus derselben Erfindung herstammen, wenn nur beide Besitzstände nicht im Verhältnis der Ableitung zu einander stehen. Das schlägt doch dem Sprachgebrauch und auch dem logischen Sinne geradezu ins Gesicht: eine Doppelerfindung könne aus derselben Erfindung herstammen. Was ferner den Passus anlangt, daß patentrechtlich die Klägerin als Erfinderin anzusehen ist, so ist nach oben § 6 zu verweisen. Richtig bemerkt Schanze [1]): „Nach deutschem Rechte muß doch das Patent auch dem Anmelder erteilt werden, der, wie feststeht, nicht der Erfinder oder dessen Rechtsnachfolger ist." Dieselbe Ansicht spricht auch Kohler [2]) aus.

In den späteren Reichsgerichtsentscheidungen wurde die Frage der Doppelerfindung direkt nicht mehr angeschnitten, aber die Ueberleitung zu dem Standpunkte, daß es auf den Ursprung nicht ankomme, war durch die angezogene Entscheidung gegeben, und so hat denn das Reichsgericht in der Entscheidung vom 25. Januar 1908 [3]) ausdrücklich anerkannt, das Vorbenutzungsrecht sei nicht eine Folge des subjektiven Erfinderrechts, sondern beruhe „auf dem in der Benutzung betätigten Besitze der Erfindung". Damit hat das Reichsgericht die Ansicht, eine Doppelerfindung müsse vorliegen, aufgegeben.

---

[1]) S. 217.
[2]) Hdb. S. 248.
[3]) Bl. Bd. 14 S. 190.

§ 13.

Um eine Erfindung zu benutzen, gehört außer dem oben behandelten geistigen Moment, das in der Benutzung der Erfindung liegt, vor allen Dingen die praktische Ausübung, die Umsetzung in die Tat. Der Erfindungsgedanke muß durch eine Maschine verkörpert sein, die Maschine muß betätigt oder das betreffende Verfahren muß wirklich angewendet sein. Die theoretische Darstellung genügt nicht[1]), noch viel weniger die bloße theoretische Kenntnis ohne jede Unterlage (Zeichnung, Beschreibung usw.).

§ 14.

Das Wort „Benutzung" wird jedoch in verschiedenem Umfange gebraucht: Kohler[2]) fordert von der Vorbenutzung, daß sie eine technische sei. Handle es sich um ein Verfahren, so müsse dasselbe in Anwendung gekommen sein, handle es sich um einen Gegenstand, so müsse er hergestellt und gebraucht sein. Die bloß handelsmäßige Vorbenutzung schließt Kohler aus, d. h. die im Verbreiten und im Feilhalten bestehende. Er leitet dies auf die Eigenart des Handels zurück, der so viele Dinge umfasse, daß kein Grund vorhanden sei, an einer besonderen Ware festzuhalten. Der gleichen Meinung ist Schanze[3]) und Allfeld,[4]) die das Feilhalten und Inverkehrbringen nicht mit inbegriffen wissen wollen. Ihnen gegenüber steht Seligsohn[5]) mit der Behauptung, „Benutzung" in § 5 besage dasselbe, was § 4 als Wirkungen des Patentes aufzähle, nämlich das Herstellen, Inverkehrbringen, Feilhalten und Gebrauchen. Er geht von dem Gedanken aus, daß das Wort „Benutzung" im Patentgesetz nach allen Auslegungsregeln immer in demselben Sinne aufgefaßt werden müsse. Nun sei nach dem Wortlaute der §§ 35, 36 P. G. unter Inbenutzungnehmen offenbar eine der vier Handlungen des § 4 P. G. gemeint, daher sei auch die Bedeutung des Wortes „Benutzung" im § 5 (und im § 2) P. G. dieselbe. Seligsohn pflichten bei Isay[6]), Kent[7]) und das

[1]) Vgl. Seligsohn S. 150 und 151; Kent S. 552 u. a.
[2]) Hdb. S. 474.
[3]) S. 12—14.
[4]) S. 104.
[5]) S. 150 und S. 72.
[6]) S. 169.
[7]) S. 553.

Reichsgericht, welches in der Entscheidung vom 14. 12. 1903[1]) ausführt: „Eine Benutzung, die zum Erwerb des in § 5 Abs. 1 des P. G. bezeichneten Rechts genügt, kann durch jede derjenigen Handlungen geschehen, zu denen nach § 4 des P. G. der Patentinhaber ausschließlich befugt ist." Eine nähere Untersuchung ergibt jedoch, daß diese Ansicht nicht durchführbar ist.

§ 15.

Wenn derjenige, der bisher aus dem Auslande eine Ware eingeführt hat, gegenüber dem Patentnehmer ein Vorbenutzungsrecht hätte, dann dürfte es ihm nach dem oben gesagten nur dann zustehen, wenn er auch das Wesen der Erfindung erkannt hat. Was geht denn den Händler das an, wie die Herstellungsart seiner Ware ist? Er hat es nur mit dem fertigen Objekt zu tun, der Werdegang kümmert ihn nichts. Wenn er nebenbei dafür Interesse zeigt, so hängt dies mit seiner Händlerqualität nicht zusammen. Andererseits steht dem Handel, der mit der fertigen Ware operiert, das industrielle Gewerbe gegenüber, das mit der Verarbeitung des Rohstoffes bezw. mit der Weiterverarbeitung des Stoffes operiert, aus dem aber der Handel nicht auszuschalten ist, denn der industriell Gewerbetreibende muß mit seinem Produkt handeln, um sein Gewerbe treiben zu können. Es war also notwendig, daß in das gewerbliche (§ 1) Patentgesetz die Stufen des Inverkehrbringens und Feilhaltens (§ 4) mit aufgenommen wurden. Jedoch darf der Handel als solcher nicht mit hineingezogen werden, soweit es sich um die rein handelsmäßige Benutzung handelt, d. h. soweit die Benutzung nur in der Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren (Gegenstand der Erfindung) besteht. Das schließt aber nicht aus, daß ein Handeltreibender einmal gewerbsmäßig vorbenutzt, und zwar durch die letzte der in § 4 P. G. bezeichneten Handlungsmöglichkeiten, nämlich durch das Gebrauchen, z. B. wenn ein Weinhändler eine demnächst patentierte Flaschenkapselmaschine in Benutzung genommen hat. Es läge in diesem Falle nicht eine handelsmäßige Vorbenutzung vor. Hierbei ist es nicht notwendig, daß der Weinhändler selbst den Gegenstand der Erfindung produziert; nur die ersten drei

[1]) Bl. Bd. 10 S. 363. Ebenso Entsch. vom 25. 2. 1895, Gar. Bd. 11 S. 72.

Handlungsmöglichkeiten des § 4 P. G. stellen eine fortlaufende Skala dar, die vierte ist für sich bestehend. Es gibt somit der Gesetzestext selbst die Handhabe für die oben entwickelte Ansicht. Für den Gewerbetreibenden, den Industriellen, ist „Benutzen" eine der vier in § 4 aufgezählten Handlungen; natürlich kann er nur in Verkehr bringen und feilhalten diejenigen Waren, welche er vorher hergestellt hat, oder es kann eine Vorbenutzung durch das „Gebrauchen" allein vorliegen; niemals aber durch Inverkehrbringen und Feilhalten. Das Gegenrecht aus § 5 gegenüber dem universellen Recht aus § 4 hat einen geringeren Umfang als dieses. Das Recht aus § 4 ist aber kein handelsmäßiges, nur ein gewerbsmäßiges. Der Patentinhaber kann also nur „gewerbsmäßig" in Verkehr bringen und feilhalten, nicht rein handelsmäßig, er muß also erst die erste Strecke des Ausführens zurücklegen, ehe er die zweite Strecke des Inverkehrbringens beschreiten kann. Die Richtigkeit der entwickelten Ansicht wird m. E. durch § 11 Ziff. 1 P. G. bestätigt. Wenn etwa der Patentinhaber das Gewerbe beiseite lassen und bloß Handel treiben wollte, etwa derart, daß er, gestützt auf sein ausschließliches Recht, das ihm das Patent gibt, die fertige patentierte Ware aus dem Ausland bezöge und im Inland nur veräußerte, so könnte ihm nach genannter Gesetzesvorschrift das Patent im Interesse der Allgemeinheit genommen werden. Es muß also auch das Recht aus § 5 auf dem Gewerbe basieren, es kann nicht eine größere Freiheit gewähren als das Recht aus § 4.

§ 16.

Wenn Kohler[1] sagt, die Annahme, derjenige, welcher bisher Produkte aus dem Ausland importiert hätte, könnte, auch nach der Patentierung im Inlande, beanspruchen, „die Waren immer noch in bisheriger Weise oder auch in gesteigertem Maße vom Auslande zu importieren und dadurch den Erfinder zu beeinträchtigen", sei dem Geiste des Gesetzes vollkommen zuwider, so beweist er damit das richtige Gefühl, ohne jedoch den Grund dafür im Gesetzestext selbst zu suchen. Schanze[2] behauptet, daß das Wort „Benutzung"

[1] Studien in Grünhuts Zeitschr. Bd. 25 S. 230.
[2] S. 12 ff. und 240 ff.

im Patentgesetz nicht durchgängig dieselbe Bedeutung habe. Er weist[1] auf die Worte Wach's hin, daß unsere Gesetzgebung nicht auf einer so hohen Stufe stände, „daß die Gesetze auf einer sicheren, durchgängig beobachteten Terminologie beruhten, daß der Gesetzgeber jedem Worte eine feste juristische Bedeutung beilegte." Die Untersuchung, ob dieses für das Wort „Benutzung" in allen Fällen seiner Anwendung im Patentgesetz zutrifft, geht über den Rahmen des vorliegenden Themas. Es genügt, festzustellen, daß in dem oben entwickelten Sinne von „gewerblicher Benutzung" die Bedeutungen des in Frage stehenden Wortes in den §§ 4, 5, 35, 36, P. G. von einander nicht abweichen. Wenn Schanze behauptet (l. c.), daß das Wort „Benutzung" im § 4 nicht dieselbe Bedeutung habe, wie im § 5 P. G., so ist das nicht richtig. Er gelangt jedoch, was die Benutzung anlangt, zu einem richtigen Resultat. Dagegen ist das zweite Argument, welches Schanze[2] ins Feld führt, recht stichhaltig. Er sagt, selbst wenn man zugäbe, daß derjenige, welcher Erfindungserzeugnisse feil hält oder in Verkehr bringt, die Erfindung für die Bedürfnisse seines Betriebes ausnütze, so könne man doch nie und nimmer in Bezug auf Feilhalten und Inverkehrbringen von „Werkstätten" reden. Ebenfalls Adler[3] schließt Feilhalten und Inverkehrbringen aus von den Voraussetzungen zur Begründung des Vorbenutzungsrechtes.

§ 17.

Es ist möglich, daß jemand, der im Besitze einer Erfindung ist, ohne ein Patent zu haben, nur einem anderen eine Lizenz zur Benutzung erteilt. Von Kent[4] wird dies als ein Inverkehrbringen, als eine wirtschaftliche Ausnutzung des Erfindungsgedankens bezeichnet, infolgedessen dem Lizenzerteiler ein Vorbenutzungsrecht zugebilligt. Aus dem oben Ausgeführten ist es jedoch ersichtlich, daß dieser Akt nicht als eine gewerbliche Benutzung im Sinne des Patentgesetzes angesehen werden, daher auch der Lizenzerteiler kein

[1] S. 13.

[2] S. 241.

[3] Zivilrechtliche Erörterungen in Grünhuts Zeitschr. Bd. 27 S. 574. Gleicher Meinung ist Allfeld S. 104 und Osterrieth S. 105.

[4] S. 554.

Vorbenutzungsrecht erwerben kann. Isay[1]) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß es in diesem Falle auch an einem eigenen Betriebe fehlen würde. Kohler[2]) billigt dem Lizenzerteiler den Schutz des § 5 P. G. zu, aus dem Grunde, weil er mittelbarer Besitzer ist. Ein mittelbarer Besitz ist allerdings auch bei einem Immaterialgut möglich[3]). Hier würde aber doch nicht von den Voraussetzungen des § 5 gesprochen werden können, denn der Lizenzerteiler hat zunächst keinen eigenen Betrieb. Dieses Wort ist in § 5 genügend stark hervorgehoben. Dann redet aber § 5 garnicht von einem bloßen Besitz. Er will nicht den Besitzer des Erfindungsgedankens schützen, sondern nur den, der wirklich benutzt. Das Wort „Vorbesitzer" ist daher in der Litteratur auch weniger gebräuchlich als das Wort „Vorbenutzer".

§ 18.

Wenn einerseits eine rein handelsmäßige Benutzung nicht die Voraussetzungen für den Tatbestand des § 5 Abs. 1 P. G. gibt, so muß andererseits erwähnt werden, daß von dem ganzen Wege, den der industriell Gewerbetreibende bei der Fabrikation zurücklegt, nämlich der Produktion und dem Absetzen des Produktes, nur der erste Teil zurückgelegt zu sein braucht, daß also die bloße technische Benutzung genügt, insbesondere auch die bloße Herstellung des patentierten Objektes; es ist auch nicht nötig, daß dieses auch gebraucht wird[4]), noch weniger daß es abgesetzt worden ist. Es genügt sogar, daß nur Vorbereitungen zur Herstellung getroffen worden sind, wie weiter unten zu erörtern sein wird.

§ 19.

Während § 5 Abs. 1 die Vorbenutzung regelt, die nicht offenkundig ist, behandelt § 2 P. G. die offenkundige Vorbenutzung. Schanze[5]) äußert sich zu der Frage in dem Sinne, daß die Vorbenutzung des § 5 nicht offenkundig sein dürfe, so daß andere Sachverständige die Erfindung benutzen könnten, da sonst nach § 2 P. G.

[1]) S. 169; gleicher Meinung Ephraim S. 440.
[2]) Hdb. S. 475.
[3]) s. u. § 36.
[4]) Vgl. R. G. E. vom 14. 12. 1903, Bl. Bd. 10 S. 363.
[5]) S. 234.

die Patenterteilung ausgeschlossen sei. Es ist demgegenüber zu bemerken, daß § 10 Ziff. 1 P. G. es doch sehr wohl für möglich hält, daß trotz Offenkundigkeit ein Patent erteilt wird. Den Dezernenten der Abteilungen des Kaiserlichen Patentamtes können auch Versehen unterlaufen. Es kann somit für die Vorbenutzungsbefugnis nicht darauf ankommen, ob die Vorbenutzung de facto offenkundig oder geheim ist. Es ist zunächst, so lange das Patent wegen des Mangels der Neuheit noch nicht für nichtig erklärt worden ist, für den Vorbenutzer von größtem Interesse vom Gesetze als solcher geschützt zu werden[1]. Es ist aber auch häufig für den Vorbenutzer vorteilhaft, garnicht das Patent des Patentinhabers anzufechten; es ist ihm lieber, daß er den einen Konkurrenten hat, als daß die sogenannte „Erfindung" frei wird. Er will also die Rolle des Vorbenutzers spielen. Warum soll ihm die Möglichkeit dazu entzogen werden, wenn der Vorprüfer und der Prüfer die Offenkundigkeit übersehen haben oder nicht kannten[2]? Aber auch sonst kann der Vorbenutzende ein Interesse daran haben, den Schutz des § 5 Abs. 1 zu beanspruchen, wenn es ihm nämlich versagt ist, das bestehende Patent anzufechten. Dies kann gemäß § 28 Abs. 3 P. G. geschehen, wenn 5 Jahre nach der Bekanntmachung der Patenterteilung abgelaufen sind[3].

§ 20.

Es besteht eine prinzipielle Meinungsverschiedenheit unter den Gelehrten, ob § 5 Abs. 1 nur zu Gunsten desjenigen bestehe, der die Benutzung in seinem Betriebe vorgenommen habe, oder auch zu Gunsten desjenigen, der zu privaten Zwecken benutzt habe. Der letzteren Ansicht stimmen bei das Reichsgericht[4], Allfeld[5], Seligsohn[6], Ephraim[7], Stenglein[8], Gierke[9] und Robolski in

[1]) Vgl. Allfeld S. 106 und Ephraim S. 435.
[2]) Vgl. Seligsohn S. 152.
[3]) Vgl. Kent S. 553; Isay S. 170.
[4]) Entsch. vom 20. 9. 1902, Bl. Bd. 8 S. 246.
[5]) S. 106.
[6]) S. 151/152.
[7]) S. 436.
[8]) S. 60.
[9]) S. 884 Anm. 11.

Theorie und Praxis[1]). Der ersteren Ansicht sind beigetreten Robolski in seinem Kommentar[2]), Isay[3]), Kent[4]), Schanze[5]), Osterrieth[6]) und Kohler[7]).

§ 21.

Robolski in „Theorie und Praxis" statuiert ohne Gründe die Unerheblichkeit der privaten Vorbenutzung. Das Reichsgericht (l. c.) gibt als Grund für seine Meinung nur an, die den Besitzstand des bisherigen Benutzers schützende Bestimmung des § 5 P. G. dürfe nicht zu eng ausgelegt werden. Ephraim macht geltend, daß § 5 nur die Tatsache der Vorbenutzung verlange. „Der Einwand, daß das Vorbenutzungsrecht an einen Betrieb gebunden sei, kann gegen die Berücksichtigung der privaten Vorbenutzung nicht sprechen." Allfeld macht für seine „allein richtige" Ansicht geltend, daß das Wort „gewerbsmäßig" im Text des § 5 fehle und „daß der in der Kommission zur Beratung der Novelle gemachte Vorschlag, das Wort einzusetzen, zurückgezogen wurde, auf den Hinweis der Regierungsvertreter, daß eine solche Einschränkung des Rechts aus § 5, welches an sich mit dem zur Patenterteilung führenden Rechte gleichwertig sei, innerlich nicht gerechtfertigt erscheint." Stenglein sagt in lakonischer Kürze: „Die Einschränkung „gewerbsmäßige Benutzung" ist durch nichts begründet." Seligsohn hat die gleiche Begründung für seine Ansicht wie Allfeld.

§ 22.

Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt Kohler, m. E. mit Recht. Sein Argument ist, daß das nicht gewerbliche Tun außerhalb des Erfinderrechts liege (wohl richtiger gesagt: des Patentrechts). Er bestreitet die Füglichkeit, von privater Benutzung auf das Gewerbe überzugehen. Isay faßt den § 5 als eine Beschränkung des § 4 P. G. auf und sagt, was § 4 nicht verbiete, nämlich die private Benutzung, könne § 5 auch nicht gestatten wollen. Freilich

1) S. 223 und 225.
2) S. 43.
3) S. 169/170.
4) S. 554 ff.
5) S. 235 ff.
6) S. 105.
7) Hdb. S. 473/474.

könnte man der Kohler-Isayschen Ansicht entgegenhalten, auch der Anmelder sei häufig kein Gewerbetreibender, er wolle erst ein Gewerbe auf Grund seines Patentes beginnen, oder auch das nicht einmal, er wolle sein Rechtsgut veräußern; warum solle nicht auch der Vorbenutzer dieselbe günstige Lage ausnutzen können wie der Anmelder? Es ist daraufhin zu antworten: Der Patentinhaber, der nicht im Gewerbe, im Milieu der Technik steht, tritt mit dem Momente der Anmeldung der Technik in ihrem bisherigen Bestande gegenüber. Durch die Anmeldung gibt er zu erkennen, daß er mit seiner Erfindung in das Gebiet der Technik einzutreten gewillt sei. Der private Vorbenutzer würde aber häufig erst durch die Anmeldung seitens eines anderen auf die Erheblichkeit seiner Erfindung und deren gewerbliche Verwertbarkeit aufmerksam gemacht werden. Meistens wird doch der Fall so liegen, daß der private Vorbenutzer garnicht daran gedacht hat, ein Gewerbe zu betreiben, sonst hätte er eben Veranstaltungen dazu getroffen. Die Schutzvorschrift gegen das Treffen von Nachteilen kann doch nicht als Vorschrift für das Verschaffen von Vorteilen aufgefaßt werden. Wer also privatim benutzte, dem tritt ja der Anmelder garnicht gegenüber. Die private Vorbenutzung liegt, wie Kohler (l. c.) sagt, vollkommen außerhalb der Sphäre des Patentrechts. Die private Benutzung der Erfindung könne ja auch nach der Patenterteilung nicht verboten werden. Es sei also ein besonderes Vorbenutzungsrecht hierfür nicht notwendig. Vorher[1]) führte Kohler das Vorbenutzungsrecht auf den Gedanken zurück: „Quieta non movere". Im Falle der privaten Vorbenutzung ist ja noch nicht ein Stand der Technik, der doch allein die Erfindung angehört, vorhanden, der außer Ordnung gebracht werden könnte. Wenn auch nicht aus dem ersten Satze des § 5 Abs. 1 P. G. die Voraussetzung eines Gewerbebetriebes zu entnehmen ist, so kann doch aus Satz 2 geschlossen werden, daß der Vorbenutzer einen Betrieb gehabt haben muß, daß er nicht befugt ist, sich erst einen Betrieb beizulegen; man kann doch aber den privaten Haushalt nicht als „Betrieb" bezeichnen[2]). Es haben sich entgegen der Meinung des Reichsgerichtes zwei Oberlandesgerichte und das Landgericht Berlin im Sinne der Kohler'schen Ansicht ausgesprochen[3]).

[1]) Hdb. S. 470.
[2]) Vgl. auch Isay S. 170.
[3]) Zit. bei Schanze S. 236.

Schanze[1] weist auch nach, daß diese Auffassung den Anschauungen der maßgebenden Kreise entspreche. Sowohl die Anträge des Vereines deutscher Ingenieure zur Abänderung des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877, als auch die Erklärungen des Vereines zur Beförderung des Gewerbefleißes in Preußen lassen erkennen, daß der erkennbare Zweck der Benutzung, der gewerbsmäßige Gebrauch gewesen sein muß. Das Argument Schanzes, das eine vergebliche Aufwendung von Zeit, Mühe und Kosten für die Vorbenutzung nicht eine private, häusliche sein kann, ist hinfällig; es gibt auch Schullehrer, die sich in Mußestunden mit Windmühlenproblemen beschäftigen und dafür Zeit, Mühe und Kosten opfern. Es zeigt sich, daß Schanze trotz unrichtiger Gründe zu einem richtigen Resultate gelangt. Sehr treffend aber weist er den Einwand ab, daß der Antrag „gewerbsmäßig" in § 5 Abs. 1 einzuschalten, zurückgewiesen wurde; er führt aus: „Der Regierungsvertreter teilt offensichtlich die Ansicht, daß der Vorbenutzer selbständiger Erfinder sein muß, daß die Befugnis des § 5 Abs. 1 sich als eine Anerkennung und Belohnung der Erfindertätigkeit darstelle. Da die anderweitige Erfindung nicht patentiert werden könne, solle sie wenigstens den Vorzug des § 5 Abs. 1 genießen. Dieser Standpunkt ist unhaltbar. Das Patentgesetz widmet seine Fürsorge, einen Schutz nicht dem Erfinder als solchen, sondern dem Erfinder, der seine Erfindung zum Patente anmeldet; und die Vorschrift des § 5 Abs. 1 hat nicht das Interesse des Erfinders, sondern eines jeden Vorbenutzers im Auge, der Zeit, Mühe und Kosten zur Erreichung eines Betriebes aufgewendet hat." Dieser Ansicht schließt sich auch Kent[2] an, da es nicht der Billigkeit entspräche, wenn jemand von der nichtgewerblichen Vorbenutzung nach Erteilung des Patentes zur gewerblichen übergehen wollte.

§ 23.

Wie im bürgerlichen Rechte der Grundsatz gilt „nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur", so gilt dies auch für das Recht aus § 5 Abs. 1 P. G., für dessen Entstehen erst die erforderlichen Veranstaltungen getroffen werden,

[1] S. 238.
[2] S. 554.

da größtenteils auch in diesem Stadium schon Kraft, Zeit und Kapital für die Erfindung aufgewendet worden sind[1]. Es genügt jedoch nicht jede Vorbenutzungshandlung. Kohler[2] überträgt den strafrechtlichen Begriff des Versuchs auf die Vorbereitungshandlungen des § 5 Abs. 1 P. G. Es wird weiter unten nachzuprüfen sein, ob die hier statuierten Grundsätze auch vollkommen auf den strafrechtlichen Versuchsbegriff passen. Kohler verlangt: 1. eine auf die Vollendung, d. h. den gewerblichen Betrieb gerichtete Absicht: 2. diese Absicht muß der Außenwelt gegenüber deutlich erkennbar geworden sein, ebenso muß eine genügende Energie zutage getreten sein, um dieses Tun zu vollenden.

Nebensächlichkeiten kommen für dieses Tun nicht in Frage, es ist aber erforderlich, daß die betreffende Person die Ausführung der wesentlichen Teile der Erfindung auszuführen bestrebt war[3]. Es gehört ferner zur erforderlichen Veranstaltung, daß der Ausführende ohne Unterbrechung sein Unternehmen zu Ende führe[4]. Die Veranstaltungen können natürlich auch von einem Nichtgewerbetreibenden getroffen sein, nur müssen sie darauf gerichtet sein, die Ueberleitung zum Gewerbebetriebe zu bilden; es werden daher bloße Laboratoriumsversuche, sogar auch von einem, der in dem betreffenden Gewerbe schon arbeitet, in der Regel nicht genügen, um die Voraussetzungen zu § 5 zu erfüllen, da der Anstelter in dem Falle erst erproben will, ob eine gewerbliche Ausbeute lohnend ist[5]. Wie die bereits oben zitierte Reichsgerichtsentscheidung vom 14. 1. 1893[6], ohne daß sich Widerspruch erhoben hätte, erwähnt, ist es auch nicht nötig, daß zur Benutzung der Erfindung neue Anlagen und Einrichtungen geschaffen werden, es genügt vielmehr, wenn erkennbar geworden ist, daß die vorhandenen Einrichtungen zur Verwendung kommen sollen[7]. Die Reichsgerichtsentscheidung vom 11. 2. 1899[8] gibt in zu billigender Weise zu erkennen, daß

[1] R. G. E. vom 17. 24. 10. 1887, Gar. Bd. 6 S. 199; ebenso Kent S. 557

[2] Hdb. S. 476 ff.

[3] Vgl. R. G. E. vom 17. 24. 10. 1887, Gar. Bd. 6 S. 200.

[4] Vgl. Robolski, Th., S. 223; ebenso Kent S. 557.

[5] Vgl. Kohler, Hdb. S. 477; Kent S. 558—559; Seligsohn S. 154; Isay S. 170; Allfeld S. 106 u. a.

[6] Gar. Bd. 10 S. 147 ff.

[7] Vgl. auch Kohler, Hdb. S. 478.

[8] Bl. Bd. 5 S. 136.

es nicht darauf ankomme, ob die Versuche noch weiter fortgesetzt werden. Im vorliegenden Falle tat dies der Vorbenutzer, um die mindest kostspielige Art des Verfahrens zu ermitteln. Tatsächlich war der Erfolg schon eingetreten, der Vorbenutzer war sich des dazu führenden Weges bewußt, die Ausführung war im Betriebe begonnen. Isay[1], ebenso Schanze[2] schränken die Kohler'sche Definition über den Umfang der Veranstaltungen ein. Schanze bestreitet mit Recht, daß die Veranstaltungen zur Benutzung und der Versuch der Benutzung im strafrechtlichen Sinne identisch seien. Auch bloße Vorbereitungshandlungen im strafrechtlichen Sinne können Veranstaltungen gemäß § 5 Abs. 1 P. G. sein. Er gibt das Beispiel, daß der Bau des Fabrikgebäudes strafrechtlich noch kein Versuch sei, die Maschinen herzustellen, man müsse jedoch annehmen, daß darin eine genügende Veranstaltung zum späteren gewerblichen Betriebe liege[3]. Andererseits darf man nicht jede Veranstaltung, die einer strafrechtlichen Vorbereitungshandlung entspricht, als Veranstaltung im Sinne des § 5 P. G. auffassen, so wird z. B. „vorbereitende Tätigkeit, die nur bestimmt ist, die Möglichkeit und Zweckmäßigkeit gewerblicher Ausnutzung zu erforschen[4]", nicht als solche anzusehen sein. Es besteht in der Theorie und in der Judikatur kein Zweifel darüber, daß die bloße Anfertigung von Beschreibungen und Zeichnungen allgemeinen Charakters nicht als „Veranstaltungen" angesehen werden können[5], doch können Zeichnungen speziellen Charakters Veranstaltungen im Sinne des § 5 Abs. 1 P. G. darstellen[6]. Bezüglich der Modelle beleuchtet Kohler[7] nur die eine Bedeutung des Wortes, wenn er sagt, wer ein Modell verfertige, wolle sich erst ein Bild von der Erfindung machen, wisse also noch nicht, ob er in die gewerbliche Verwertung eintreten werde. Das Wort „Modell" hat jedoch zwei verschiedene Bedeutungen. Kohler gebraucht es in landläufigem Sinne von

[1]) S. 171.
[2]) S. 256.
[3]) S. 256.
[4]) R. G. E. vom 14. 1. 1893, Gar. Bd. 10 S. 152.
[5]) Kohler, Hdb. S. 477; Robolski, Th., S. 222; Kent S. 559; Isay S. 171 u. a.
[6]) Vgl. R. G. E. vom 25. 1. 1908, Leipziger Zeitschr. Bd. 2 S. 305.
[7]) Hdb. S. 477; u. a.

„Vorbild, Muster oder Musterbild"; dieses Wort wird aber auch in rein technischem Sinne gebraucht; der Ingenieur versteht darunter die „Form oder Gießform", und in der Anfertigung dieser wird wohl eine genügende Veranstaltung zu erblicken sein. In den meisten Fällen wird es sich um die Tatfrage handeln, ob eine Veranstaltung im Sinne des § 5 P. G. vorliegt; es bestehen eine große Menge Reichsgerichtsentscheidungen darüber. Es würde jedoch zu weit führen, diese Frage hier eingehend zu erörtern.

IV. Identität der Erfindung.

§ 24.

Die Frage der Identität der Erfindung läßt sich zum großen Teil auf die oben § 9 ausgeführten Erörterungen zurückführen. Da die Erfindung einen gedanklichen Inhalt darstellt, der häufig verschiedene äußere Formen annehmen, d. h. in mannigfacher Weise verkörpert werden kann, so ist es nicht notwendig, daß das Substrat des Gedankens, die Maschine, des Vorbenutzers äußerlich dieselben Formen aufweist wie die des Patentberechtigten. Das Wesen muß aber dasselbe sein. Man darf jedoch den erwähnten Umfang nicht in der Weise auffassen, daß man die Identität des Inhaltes der Erfindung mit der Identität des Zweckes der Erfindung unter einen Begriff bringt. Ein Beispiel aus der Praxis des Reichsgerichts wird diese Ansicht besser erläutern. Es handelt sich um die offenkundige Vorbenutzung des § 2 P. G. Es kann aber dieser Fall sinngemäß auf § 5 P. G. übertragen werden. In der Reichsgerichtsentscheidung vom 17. 5. 1899[1]) wurde eine Verschiedenheit angenommen zwischen der Verwendung der Erfindung des Patentberechtigten und der Verwendung derselben Erfindung durch den Vorbenutzer; dieser hatte eine Mauer von bestimmter Konstruktion für dreieckige Zwischenräume in dem Gewölbe einer Kirche gebaut. Der Patentberechtigte hatte ein Patent für tragfähige Decken derselben Konstruktion für Wohn und Nutzräume. Das Reichsgericht nahm nun an, daß bei Beurteilung dieses Umstandes es ausschlaggebend sei, daß der Baumeister der Kirche „den Gedanken entweder nicht erkannt oder nicht kundgetan hat." Es hängt also die Ver-

[1]) Bl. Bd. 5 S. 263 ff.

schiedenheit im Anwendungsgebiete einer Erfindung aufs engste zusammen mit der Kenntnis und Erkenntnis der Erfindung. Es kann daher an dieser Stelle kurz auf die obigen Ausführungen § 9 verwiesen werden. Es bedarf nur noch der kurzen Erwähnung, daß der Vorbenutzer eines Teiles der Erfindung des Patent berechtigten auch nur bezüglich dieses vorbenutzten Gedankens in seinem Fortbenutzungsrechte geschützt ist.

V. Maßgebender Zeitpunkt, in dem die Vorbenutzung stattgefunden haben muß.

§ 25.

Ein ferneres Erfordernis für das Zustandekommen des Rechtes aus § 5 ist, daß die Benutzung zu einer gewissen Zeit schon erfolgt ist. Dieser maßgebende Zeitpunkt ist die Anmeldung der Erfindung durch den Patentberechtigten. Der erfolgten Benutzung sind gleichgestellt die zur Benutzung erforderlichen Veranstaltungen[1]. Der gesetzgeberische Grund, warum dieser Zeitpunkt und nicht der Beginn des Patentschutzes genommen wurde, liegt darin, daß schon lange vor Beginn des Schutzes einem großen Kreise und namentlich dem Kreise der Interessenten die Erfindung durch die Veröffentlichung bekannt wird und so jedem die Möglichkeit gegeben würde, die angemeldete Erfindung in Benutzung zu nehmen und den späteren Patentberechtigten zu schädigen. Auch die Zeit der Veröffentlichung wurde nicht berücksichtigt, weil auch schon bis zu diesem Zeitpunkte eine beschränkte Anzahl von Personen zur Kenntnis der Erfindung gelangt sein muß.

§ 26.

Was als Zeitpunkt der Anmeldung zu gelten habe, richtet sich nach allgemeinen Rechtsregeln. Die Anmeldung ist erfolgt, sobald sie dem Patentamt zugegangen ist, also in dem Bruchteile einer Sekunde. Wird das Gesuch um Patenterteilung nicht von einem Beamten des Patentamtes in Empfang genommen, so gilt § 130 B. G. B.[2], Es sei an dieser Stelle erwähnt, daß die Priorität

[1]) s. oben § 23.

[2]) Vgl. Kohler, Hdb. S. 277; Isay S. 171; Seligsohn S. 150; Allfeld S. 101 u. a.

auf Grund des Art. 4 der zu Paris am 20. März 1883 geschlossenen Uebereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums für § 5 Abs. 1 nicht in Frage kommt. Wer also in der Zeit zwischen Anmeldung im Auslande und Anmeldung in Deutschland die Erfindung benutzt, mag er auch ihre Kenntnis der Veröffentlichung im Auslande verdanken, ist befugt fortzubenutzen[1]. Eine eingehende Erörterung dieser interessanten Frage hieße eine Abhandlung über den Art. 4 des Unionsvertrages schreiben, muß also an dieser Stelle unterbleiben.

§ 27.

Das Gesetz schreibt, das Vorbenutzungsrecht steht demjenigen zu, welcher in Benutzung genommen *hatte*; also Plusquamperfektum Man könnte demnach schließen, daß jede vorgängige Benutzung zu dem in Frage stehenden Rechte führt, gleichgiltig, ob sie zur Zeit der Anmeldung noch besteht oder schon aufgegeben ist. Dem ist nicht so. Der augenblickliche Zustand soll geschützt sein. Die Benutzung muß im maßgebenden Zeitpunkt noch stattfinden. Das ist nicht *verbo tenus* zu nehmen, daß etwa im Momente des Einganges der Anmeldung beim Patentamt die Maschine des Vorbenutzers im Gange gewesen sein muß; aber die Benutzung muß zur Zeit der Anmeldung geschehen, d. h. sie darf nicht aufgegeben sein. Wer dies getan hat, gibt durch konkludente Handlung zu erkennen, daß er auf den Besitz der Erfindung verzichtet hat. Eine bloße Unterbrechung des Betriebes würde aber nichts zu sagen haben, wenn etwa die Maschine stillsteht wegen erforderlicher Reinigung oder behufs Auswechselung gewisser Teile. Sogar eine längere Unterbrechung wäre ohne Nachteil für den Vorbenutzer, wenn etwa die betreffende Maschine nur kurze Zeit im Jahre in Betrieb ist, wie dies der Fall bei der Fabrikation von Ware ist, deren Absatz von der Jahreszeit abhängt, z. B. in den Strohhutfabriken, Zuckerfabriken usw.[2]. Es ist jedesmal Tatfrage, ob die Unterbrechung als endgiltige oder zeitweilige anzusehen ist. Würde jeder, der vorher benutzt hatte, dann aber die Benutzung aufgegeben hat den Schutz des § 5 Abs. 1 P. G. für sich in Anspruch nehmen

[1]) Vgl. Robolski, Komm. S. 44; Seligsohn S. 150 u. a.
[2]) Vgl. Kohler, Hdb. S. 475; Kent S. 548 u. a.

können, so würde damit eine große Schädigung des Patentnehmers verknüpft sein. Der erfolgreiche Anmelder würde anderen, die es nicht verstanden haben, mit derselben Erfindung Erfolge zu erzielen, den Weg hierzu weisen. Das soll nach der Absicht des Gesetzgebers nicht geschehen. Die Früchte der Erfindung soll der Patentberechtigte genießen.

§ 28.

Wie oben § 23 a. Anf. erwähnt ist, sollen die Veranstaltungen, die zur Benutzung getroffen werden, erkennen lassen, daß sie ohne Unterbrechung fortgeführt werden, bis das Ziel, die Benutzung, erreicht ist. Wie bei der Benutzung selbst wird auch bei den Veranstaltungen dazu eine längere unmotivierte Unterbrechung auf die Aufgabe des Besitzes schließen lassen. Da das Fortbenutzungsrecht durch spätere Nichtausübung nicht erlischt [1], so könnte man vermuten, wer Veranstaltungen zur Zeit der Patentanmeldung getroffen hatte, später aber die Erfindung nicht benutzt, könne vielleicht nach einiger Zeit die Benutzung der Erfindung aufnehmen. Man muß jedoch hierbei annehmen, daß aus der derzeitigen Aufgabe der Verfolgung des Zieles der Mangel der ernstlichen Absicht zu benutzen zu schließen sei. Es muß demnach die wirkliche Benutzung der Erfindung den Veranstaltungen dazu unmittelbar gefolgt sein.

VI. Benutzung im Inlande.

§ 29.

Das letzte der im Gesetz erwähnten Erfordernisse ist das, daß die Benutzung im Inlande stattgefunden haben muß. Was Inland ist, bestimmt sich nach den Grundsätzen des Staatsrechtes. Art. 1 der Verfassung des Deutschen Reichs bestimmt das Bundesgebiet; dazu kommt Helgoland (Kaiserliche Verordnung vom 22. März 1892). Es gelten ferner als Inland Staatsschiffe überhaupt, deutsche Handelsschiffe auf hoher See und die zum Reiche gehörigen Meeresteile [2]. Die exterritorialen Grundsätze finden auf den Begriff „Inland"

[1] s. u. § 59.

[2] Vgl. Kohler, Hdb. S. 67; Allfeld S. 92; Seligsohn S. 32 u. a.

für das Patentrecht keine Anwendung nach herrschender Ansicht[1]. Zum Inlande im Sinne des P. G. zählen ferner nach der allgemeinen Meinung die Schutzgebiete des Deutschen Reiches[2]. Konsulargerichtsbezirke zählen nicht zum Inland.

VII. Redlicher Erwerb.

§ 30.

Es bleibt übrig zu untersuchen, ob redlicher Erwerb des Besitzes der Erfindung seitens des Vorbenutzers zu den Voraussetzungen des § 5 P. G. gehört.

Osterrieth[3] verlangt guten Glauben dem Patentinhaber gegenüber: sollte der Benutzer aber bösgläubig sein oder durch eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlungsweise in den Besitz der Erfindung gelangt sein, so solle der Schutz des § 5 P. G. nicht eintreten. Wer hingegen den Besitz der Erfindung gutgläubig vom rechtswidrigen Entnehmer erworben habe, sei Vorbenutzungsberechtigter. Ob der Besitzstand im allgemeinen ein redlicher sein muß, d. h. Dritten gegenüber, erwähnt Osterrieth nicht. Gierke[4] nimmt an, daß der Benutzer der Erfindung seinen Besitz nicht von dem Patentinhaber ableiten dürfe, da er Doppelerfindung für erforderlich hält[5], also weder redlich noch unredlich; die rechtswidrige Aneignung aus dem Besitze eines Dritten gehe den Patentinhaber nichts an, da er aus dem Rechte eines Dritten keinen Einwand erheben könne. Crome[6] steht auf dem Standpunkte Gierkes bezüglich der Entwendung der Erfindung aus dem Besitze eines Dritten. Gegenüber dem Patentinhaber müsse der Vorbenutzer gutgläubig sein, da er sich sonst durch die Entwendung einer Verletzung des Erfinderrechts, das schon vor der Patentanmeldung existiere[7], schuldig machen würde; auf eine eigene unerlaubte Handlung könne er sich aber nicht berufen. Damme hält unredlichen Besitzerwerb für unerheblich, nur der dem späteren Patentinhaber

[1] Kohler, Hdb. S. 68; Seligsohn S. 32; Kent S. 31 u. a.
[2] Streitig nur für § 12 P. G.
[3] S. 106, 107.
[4] S. 884.
[5] s. oben § 10.
[6] S. 100 Anm. 54.
[7] s. unten § 34.

entwendete Besitz begründe kein Vorbenutzungsrecht. Kohler[1] erreicht dasselbe Resultat wie Crome, aber mit anderen Gründen: Es sei eine Grundlehre des Besitzes, daß Mängel des Besitzerwerbes Dritten gegenüber nicht wirksam seien; daher auch hier Dritten gegenüber. Dem Patentberechtigten gegenüber müsse der Vorbenutzer gutgläubig sein, eine widerrechtliche Entziehung des Geheimnisses wäre „Verletzung seines Individual- und Immaterialrechtes", die possessio wäre eine possessio vitiosa. Ein Vorbenutzungsrecht sei auch dem gutgläubigen Nachfolger des Erfindungsentwenders zu versagen. Seligsohn[2], Ephraim[3] und Isay[4] lassen dem Benutzer der Erfindung, der einem Dritten entwendet hat, das Vorbenutzungsrecht aus demselben Grunde wie Gierke zukommen, nicht aber demjenigen, der dem Patentinhaber gegenüber bösgläubiger Besitzer der Erfindung ist. Etwas weiter geht Allfeld[5]: der Schutz des § 5 sei dem unredlichen Erfindungsbesitzer nicht nur gegenüber dem Patentinhaber zu versagen, sondern auch jedem, dessen Erfindungsbesitz im Sinne des § 3 Abs. 2 P. G. widerrechtlich entstanden ist, wenn der Entnehmer sich seiner Widerrechtlichkeit bewußt war. Schanze[6] spricht dem unredlichen Benutzer der Erfindung in jedem Falle das Vorbenutzungsrecht ab: die exceptio, die der Patentinhaber geltend macht, — auch bei Entwendung aus dem Besitze eines Dritten — sei eine exceptio doli generalis, eine rechtsverneinende Einwendung, also keine exceptio ex iure tertii. Auch Adler[7] fordert für das Vorhandensein des Vorbenutzungsrechts in jedem Falle guten Glauben.

§ 31.

Ueberblickt man die verschiedenen Ansichten, so wird man zu dem Resultate gelangen, das u. a. Kohler, Isay und Seligsohn festlegen. Es wird für denjenigen, der unredlicherweise den Erfindungsbesitz einem Dritten entnommen hat, trotzdem der Schutz

[1] Lehrbuch S. 137; Hdb. S. 471 ff.
[2] S. 154.
[3] S. 436.
[4] S. 172.
[5] S. 103.
[6] S. 231.
[7] Grünhuts Zeitschr. Bd. 27 S. 584.

des § 5 Abs. 1 P. G. nicht zu rauben sein. Gegen die oben zitierte Allfeld'sche Ansicht läßt sich geltend machen, daß sogar das umfassende Recht des Patentinhabers bestehen bleibt, wenn nicht zu der Erfindungsentwendung noch der Einspruch des Verletzten hinzukommt. Warum sollte denn das minder umfangreiche Recht der Vorbenutzung nicht vorhanden sein, wenn kein Einspruch erhoben wird? Daß aber der Verletzte, der einen Schutz nicht genießt, zu einem Einspruch befugt wäre, wird von niemandem behauptet werden. Die von Schanze konstruierte exceptio doli generalis ist nicht haltbar. Es kann nicht zugegeben werden, daß eine exceptio doli stets rechtsverneinend ist: sie ist es nur dann, wenn die Redlichkeit ein Erfordernis des betreffenden Rechtes ist: und darum handelt es sich gerade hier[1]. Dem Patentberechtigten gegenüber wird ein Vorbenutzungsrecht nicht zuzubilligen sein mit Rücksicht auf die allgemeinen Regeln über Treu und Glauben, ferner mit Rücksicht auf § 1 des Reichsgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909 in Verbindung mit § 13 des Gesetzes; ebenso aus § 826 B. G. B. – Hat der bösgläubige Entnehmer seinen Besitz einem Dritten übertragen, so greift die exceptio des Patentinhabers auch diesem gegenüber durch, selbst wenn er gutgläubig ist, denn das Recht des Patentberechtigten ist ein dingliches und privilegiertes[2].

VIII. Selbständigkeit des Besitzstandes.

§ 32.

Isay[3] als einziger fordert für das Vorbenutzungsrecht als Erfordernis die Selbständigkeit des Besitzstandes des Vorbenutzers. Er verlangt von dem Besitzstande des Anmelders und dem des Vorbenutzungsberechtigten, daß keiner von dem des anderen abgeleitet sein darf. Bestehe aber eine Ableitung, so könne in manchen Fällen zwar fortbenutzt werden, aber nicht auf Grund des § 5 P. G., sondern entweder auf Grund eines Vertrages oder auf der Entwendung beruhend. Das letztere bedarf der Erklärung: Isay meint, wenn der Patentinhaber die Erfindung einem anderen ent-

[1]) Vgl. Isay l. c.

[2]) Vgl. Entsch. des Kaiserl. Patentamts vom 29. 9. 1881, Gar. Bd. 3 S. 190.

[3]) S. 172 und 173.

wendet hat, so habe dieser ein Weiterbenutzungsrecht, das umfangreicher sei als das Recht aus § 5, da er nicht einmal in Benutzung genommen zu haben brauche, sondern erst später zur Benutzung übergehen könne. Hierher gehöre der Fall, daß ein Angestellter rechtswidrig die Erfindung anmelde oder der Veräußerer einer Erfindung sie vertragswidrig zum Patent anmelde.

§ 33.

Dieser Standpunkt Isay's ist m. E. in dieser allgemeinen Form nicht zu halten. Es wird zugegeben, daß Isay im ersten Falle ohne Einschränkung Recht hat. Wer durch Vertrag ein immaterielles Gut[1], die Erfindung, das Geheimnis oder das Rezept zu einem Verfahren erwirbt, dessen Befugnisse richten sich nach dem Inhalte des Vertrages, er braucht nicht die Vorschrift des § 5 P. G., seine Befugnisse können enger oder umfangreicher sein. Es wird also der von Kent[2] erwähnte Fall der Einwilligung zur Entnahme der Erfindung durch den Patentberechtigten oder dessen Rechtsvorgänger nicht immer zu den Fällen des § 5 Abs. 1 zu rechnen sein. — Dagegen kann man nicht ein Weiterbenutzungsrecht, das aus der Verletzung entspringt, annehmen. Das Privileg des Patentinhabers[3] ist ein Ausnahmerecht, das *jedem* gegenüber Geltung hat, wenn nicht das Gesetz bestimmte Personen eximiert. Es stehen dem Verletzten doch mancherlei Wege offen, das Patent dem Verletzer zu nehmen und auf sich übertragen zu lassen. Zunächst steht ihm die Befugnis zu, gemäß § 3 Abs. 2 P. G. den Einspruch gegen die Patenterteilung zu erheben, fernerhin kann er gemäß § 10 Ziff. 3 dem Patentinhaber sein Recht nehmen, wenn er es beantragt. Warum sollte der Verletzte, der, falls er die Erfindung schon in Benutzung genommen hatte, sich mit der Rolle des Vorbenutzers zufrieden stellt[4], ein Fortbenutzungsrecht aus einem anderen Grunde besitzen als aus dem, den das Gesetz in § 5 Abs. 1 P. G. normiert?

---

[1] s. u. § 36.
[2] S. 543; vgl. oben § 11 am Ende.
[3] s. u. § 35.
[4] Vgl. Kohler, Hdb. S. 471.

Wenn auch der Verletzte nicht jedesmal von der Anmeldung des Verletzers Kenntnis haben, also auch nicht imstande sein wird, rechtzeitig Einspruch zu erheben und so das Patent für sich zu nehmen, so muß man doch annehmen, daß das deutschrechtliche Publicitätsprinzip von dem Gedanken ausgeht, was veröffentlicht ist, könnte jeder Interessent wissen. Uebrigens trifft dies im Gebiete des Patentwesens meistenteils zu. Die Interessentenkreise veröffentlichen stets die neuen Anmeldungen, selbst die kleinste Fachzeitschrift tut dies; wer im Gewerbe auf dem Laufenden bleiben will, liest stets den „Patentbericht" seines Fachblattes. Jedenfalls aber kann der Verletzte noch zum Patente gelangen infolge der Vorschrift des § 826 B. G. B. in Verbindung mit § 249 B. G. B.

Der eine von Isay erwähnte Einzelfall der Weiterbenutzung aus der Entwendung eines anderen paßt übrigens garnicht hierher: „Wenn der Veräußerer einer Erfindung sie hinterher vertragswidrig zum Patent anmeldet", so bliebe der Erwerber zur Benutzung aus dem Vertrage mit dem Veräußerer berechtigt, weiter zu benutzen. Der andere Fall, daß ein Angestellter die Erfindung vertragswidrig anmeldet, führt in Klammern eine Reichsgerichtsentscheidung als Beispiel bei sich. Die betreffende Entscheidung vom 1. 5. 1885[1]) nennt aber den Geschäftsherrn als Inhaber des Patentes und hat einen ganz anderen Tatbestand.

Nach dem Entwickelten wird Isay das Verdienst zuzusprechen sein, zuerst auf die Weiterbenutzungsbefugnis auf Grund eines anderen Tatbestandes als des durch § 5 normierten, nämlich auf Grund eines Vertrages, hingewiesen zu haben.

[1]) Gar. Bd. 5 S. 161.

Zweiter Teil: Die Art des Rechts.

I. Ansichten in der vorhandenen Litteratur.

§ 34.

Die Art des Rechtes aus § 5 Abs. 1 P. G. wird in der allerverschiedensten Weise aufgefaßt. Es gibt Gelehrte, welche überhaupt das Bestehen eines positiven Rechtes leugnen, andere bezeichnen es als Persönlichkeitsrecht, andere wieder als ein bestimmt geartetes Erfinderrecht; die einen lassen es mit der Schöpfungstat entstehen, die anderen erst mit der Erteilung des Patentes. Es wird als gesetzliche Lizenz, als quasi-dinglich, als ähnlich dem Patentrechte, als servitutähnlich bezeichnet. Es seien im folgenden die wichtigsten der vorhandenen Ansichten ohne Beifügung einer Kritik kurz zusammengestellt:

Laband[1]) nennt das Patentrecht ein Monopol bestimmter Art, eine Beschränkung der allgemeinen Gewerbefreiheit, ein Verbot, das sich an alle außer den Berechtigten richtet. Das Recht des sogenannten Vorbesitzers nennt er eine gesetzliche Einschränkung des Patentschutzes. Der ältere Erfinder könne sie nur einredeweise geltend machen; das Recht sei kein selbständiges Recht von positivem Inhalte, kein subjektives Recht; es beruhe nur auf der allgemeinen Gewerbefreiheit und sei die „Negation gesetzlicher Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfähigkeit“[2]) auf dem Gebiete des Gewerbes; es sei keine Rechtsbefugnis, sondern eine natürliche vom Gesetz nicht untersagte Ausübung der natürlichen Handlungsfähigkeit. Es komme

[1]) S. 227 ff.
[2]) S. 195 Anm. 1.

auf dem Gebiete des Rechtes öfters vor, daß sich die Negation eines Verbotes der positiven Worte einer Erlaubnis bediene.

Auch ein Urteil des Landgerichtes Leipzig vom 28. 3. 1888[1]) sagt, der § 5 stelle kein positives Recht auf, er habe nur negative Wirkung als Grenze des Verbietungsrechtes aus dem Patente.

Gareis[2]) nennt das Recht des Vorbenutzers ein geschütztes Recht, das aus dem freien Betätigungsrechte entspringe. Vorher[3]) bezeichnet er es auch als ein Individualrecht (ohne nähere Benennung), das der Erfinder oder Erfindungsbesitzer schon vor der Patentierung habe[4]), nämlich das Recht, sich als Individuum zu betätigen, „ein Recht an der eigenen Person."

Persönlichkeitsrecht nennt Gierke[5]) das Erfinderrecht; auch er behauptet[6]), es sei ein Recht an der eigenen Person. Der Erfinder habe das ausschließliche Recht über die Veröffentlichung und gewerbliche Benutzung der Erfindung zu verfügen; nur in ihm entstehe das Recht[7]). Daher sei die Erteilung des Patentes nur eine Bestätigung des schon vorhandenen Rechtes[8]); auch § 5 Abs. 1 sei nur eine Bestätigung des Erfinderrechtes, das aus einer anderen Erfindungstat als der des Anmelders entstammen müsse[9]); das Recht aus § 5 Abs. 1 sei demnach ein selbständiges Recht; es habe denselben Inhalt wie das Patentrecht, ermangele jedoch nur der Ausschließlichkeit.

Ziemlich kompliziert gestaltet Crome[10]) das Recht des Vorbenutzers: Eine Beeinträchtigung des Erfinderrechtes sei nicht vorhanden[11]); es werde nur die Ausschließlichkeit desselben durch das Recht des § 5 durchbrochen. Liege der Fall der Doppelerfindung vor, dann wirke das Erfinderrecht des Vorbenutzers.

---

[1]) Zeitschr. des Vereins deutscher Ingenieure, 1888 S. 868 f.
[2]) Das deutsche Patentgesetz S. 102.
[3]) S. 101 l. c.
[4]) S. 19—20 l. c.
[5]) S. 848 ff.
[6]) S. 856.
[7]) S. 869.
[8]) S. 857.
[9]) S. 884.
[10]) S. 100.
[11]) Anm. 52 l. c.

Dieses Recht, das schon vor der Anmeldung bestehe, faßt Crome in derselben Weise auf wie Gierke. Welcher Art das Recht des Vorbenutzers sei, wenn nicht Doppelerfindung vorliege, wird nicht beantwortet.

Auch Robolski[1]) hält das in Frage stehende Recht für eine besondere Erscheinungsform des noch nicht patentierten Erfinderrechtes mit einer gewissen wirtschaftlichen Betätigungskraft gegenüber dem Patentrechte. Auch „Exemtionsrecht" wird es von ihm genannt[2]). In der neuesten Auflage seines Kommentars[3]) schließt er sich Kohler[4]) an und bezeichnet es als der patentrechtlichen Lizenz ähnlich; es habe wie diese quasi-dinglichen Charakter.

Ebenfalls Allfeld[5]) nimmt ein Erfinderrecht mit der Schöpfungstat entstehend an, die materielle Grundlage für das später entstehende formelle Recht, welches sich an die Patenterteilung anknüpfe. Das Erfinderrecht sei ein einheitliches Recht (monistische Theorie) mit einer vermögensrechtlichen und einer persönlichen Seite. Die persönliche Seite zeige sich in dem Recht, über die Kundgabe der Erfindung und deren gewerbliche Verwertung zu bestimmen[6]). Das Gesetz bringe durch § 5 Abs. 1 dieses Erfinderrecht dem Patentrechte gegenüber zur Geltung, freilich in geringerem Maße als im Falle der Erfindungsentwendung (§ 3 Abs. 2 P. G). Im vorliegenden Falle bestreitet der Berechtigte nicht dem Patentinhaber sein Erfinderrecht, es könne infolgedessen das Recht des § 5 kein ausschließliches sein, sondern nur *neben* dem Patentrechte bestehen. Das Vorbenutzungsrecht sei, auch wenn es nicht nur dem Erfinder, sondern auch dem Benutzer im allgemeinen zukomme, eine Anerkennung des Erfinderrechts, um den Fall, welcher dann *regelmäßig* vorliege, zu normieren. Die Wirkungen der fraglichen Gesetzesvorschrift träten wegen der schöpferischen Tat des Erfinders ein, der Gesetzgeber habe es nur mit in Kauf genommen, daß auch derjenige, welcher nicht selbst Erfinder ist oder dessen Rechts-

---

[1]) Th. S. 222 f.
[2]) S. 227 l. c.
[3]) S. 45.
[4]) s. u. S. 39.
[5]) S. 24.
[6]) Vgl. Gierke oben S. 36.

nachfolger, von der Vorschrift mit eingeschlossen werden könne. Allfeld nennt also das Recht aus § 5 ein Recht mit einer persönlichen und einer vermögensrechtlichen Seite [1]). Es sei wie das litterarische Urheberrecht ein absolutes, den dinglichen Rechten verwandtes [2]). Die vermögensrechtliche Seite müßte nach Allfeld beim Rechte des Vorbenutzers nicht überwiegende Bedeutung gegenüber der persönlichen Seite haben, da nur das zum Patentrecht entwickelte Erfinderrecht der vermögensrechtlichen Seite das Uebergewicht gäbe [3]).

Isay [4]) nennt das Recht des Vorbenutzers ein unvollkommenes absolutes Recht, dem die Ausschließlichkeit fehlt. Auch er führt es auf das Recht an der Erfindung vor der Anmeldung zurück [5]). Dieses sei ein bestimmtes subjektives Recht, keine allgemeine Möglichkeit, denn es bestehe eine solche allgemeine Benutzungsmöglichkeit nicht; es sei Gegenstand des Rechtsverkehrs, vererblich und veräußerlich und Gegenstand rechtlichen Schutzes; ihm fehle die Ausschließlichkeit. Dieses Recht erleide durch die Patenterteilung an den Anmelder eine Aenderung [6]). Sein Inhaber könne die Erfindung in Zukunft nicht in beliebiger Weise ausbeuten; die Patenterteilung nehme ihm nur etwas, sie gebe ihm nichts, daher entstehe es nicht durch die Anmeldung. Seine rechtliche Natur werde nicht geändert, es bleibe was es gewesen sei: ein unvollkommenes absolutes Recht.

Munk [7]) schließt aus dem Vorhandensein des Rechtes des Vorbenutzers auf ein Recht des Erfinders, welches mit der Erfindung geboren werde.

Lieber [8]) übernimmt für das in Frage stehende Recht den Namen, den der Kommissionsbericht aufstellte, „Erfindungsbesitzrecht". Dieses Recht stehe dem Rechte des Erfinders oder Patentsuchers gleich, sei nur eine ältere Gerechtsame des Konkurrenten und werde

---

1) S. 25.
2) Kommentar zum Gesetz vom 19. 6. 1901 S. 23.
3) S. 25.
4) S. 167.
5) S. 92 ff.
6) S. 173.
7) S. 2.
8) S. 55.

durch die Patenterteilung nicht geändert. Das Untersagungsrecht des Patentinhabers trete dem Erfindungsbesitzer gegenüber nicht in Wirksamkeit.

Auch Damme[1]) läßt das Recht des Vorbenutzers auf dem Besitzstande vor der Patentanmeldung basieren. Es entstehe also nicht erst im Augenblicke, wo der Patentberechtigte anmeldet; es sei ein dem System der Patenterteilung innewohnendes Rechtsprinzip, welches einer besonderen gesetzlichen Sanktionierung garnicht bedurft hätte. In Frankreich sei es lediglich durch die Gerichtspraxis anerkannt. Der § 5 erkenne auch nicht dieses selbstverständliche Recht an, sondern bestimme nur seine Begrenzung und Beschränkung.

Kohler führt das Recht des sogenannten Vorbesitzers auf die Idee des Besitzes zurück[2]). Vor dem Bestand des Patentrechtes habe der Vorbenutzer kein Recht, da brauche er keins. Es entstehe erst zusammen mit dem Patentrecht als Gegenrecht, um dem Verbote des Patentinhabers, die Erfindung auszuüben, entgegenzutreten. Vorher handele der Vorbenutzer kraft seiner Fakultätsbefugnis, nach Erteilung des Patentes bedürfe er eines subjektiven Ausnahmerechtes, um gegen das subjektive Patentrecht aufzukommen. Es werde zum ius quaesitum.

Das Recht habe nur eine Verwandtschaft mit der Kategorie des Besitzes, Besitz selbst sei es nicht[3]); Besitz sei nur in der Körperwelt vorhanden; das Recht aus § 5 P. G. sei eine spezifische possessio des Vorbenutzers[4]), ein Besitz eigener Art[5]), ein Erfindungsbesitz als Lizenzbesitz. Die Vorbenutzung gebe dem Vorbenutzer eine gesetzliche Lizenz. Das Lizenzrecht faßt Kohler als absolutes, quasi-dingliches Recht auf[6]).

Osterrieth[7]) sieht das Recht des Vorbenutzers nicht als Recht an der Erfindung an, nicht als rechtlich geschützten Erfindungsbesitz, sondern als eine vom Gesetz gewährte Lizenz, die Erfindung weiter

---

1) S. 356.
2) Hdb. S. 468 ff.; Lehrb. S. 136 ff.
3) Hdb. S. 70.
4) Hdb. S. 71.
5) Hdb. S. 470.
6) Lehrb. S. 185.
7) S. 105.

zu benutzen. Unter Lizenz versteht er eine einfache Bewilligung der Nutzung [1]).

Kent [2]) läßt das in Frage stehende Recht erst mit Beginn der Wirkung des Patentes entstehen; das vor der Anmeldung an der Erfindung bestehende Recht habe nicht die Eigentümlichkeit des Vorbenutzungsrechtes. Dieses sei ein dem Rechte des Patentinhabers ähnliches Recht, nur sei es nicht ein ausschließliches und unterscheide sich im Umfange der Befugnisse und in der Uebertragbarkeit.

Eine recht eigentümliche Gestaltung gibt Zoll [3]) dem Rechte des Vorbenutzers. Er läßt dem Rechte aus dem Patente einen eigentumsähnlichen Charakter zukommen, da der Inhalt des Patentrechtes der willkürlich bestimmbaren Herrschaft des Patentberechtigten unterworfen sei [4]). Den deutsch-rechtlichen Begriff „Eigentum" überträgt er nicht etwa restlos auf das immaterielle Gut, sondern er weist mit dem Worte „Patenteigentum" nur auf eine Parallele hin, welche zwischen dem Patenteigentum und dem Sacheigentum vorhanden ist. Zoll gestaltet infolgedessen das Recht des Vorbenutzers zu einem dinglichen Rechte. Dieses beschränke das Patenteigentum. Der Patentinhaber müsse die Ausübung des Vorbenutzungsrechtes dulden. Das Patent stehe hier in einem ähnlich dienenden Verhältnis gegenüber dem genannten Ausüber der Erfindung, wie wenn demselben auf Grund z. B. eines Vertrages ein usus an der patentierten Erfindung bestellt worden wäre.

Zoll vergleicht das Recht des Vorbenutzers mit dem Benutzungsrechte, das jemand auf einem herrenlosen Grundstücke erworben hat, z. B. die Servitut des Weges; dann habe ein anderer das Grundstück okkupiert und müsse sich die Servitut des Weges gefallen lassen. Diese Servitut stehe dem Unternehmen zu, da sie mit dem Betriebe verbunden sei. Zoll nennt dieses Rechtsinstitut eine „servitus fabricae".

Schanze [5]) kommt bei seiner Untersuchung über das Wesen des Rechtes des Vorbenutzers zu dem Resultate, die Beschränkung

[1]) S. 102.
[2]) S. 539.
[3]) Grünhuts Zeitschr. Bd. 21 S. 562 ff.
[4]) S. 558 l. c.
[5]) S. 204 ff.

des Patentrechtes durch das Recht des Vorbenutzers sei dem subjektiven Rechte des Patentinhabers immanent. Diese Beschränkung sei das Primäre, „die günstige Rechtsposition, die sich hieraus für den Vorbenutzer ergibt, die Kehrseite." Das Patentrecht entstehe in geringerem Umfange, wenn ein Vorbenutzer vorhanden sei. Daraus folge, es handle sich nicht um eine rechtshemmende Einrede, sondern um eine rechtsverneinende Einwendung. Sie sei vom Richter zu berücksichtigen, wenn auch der vom Patentinhaber verklagte Vorbenutzer die Abweisung der Klage nicht auf Grund des § 5 Abs. 1 beantragt habe. Das Verbietungsrecht des Patentinhabers trete dem Vorbenutzer gegenüber garnicht ins Leben. Die Möglichkeit, die Erfindung zu benutzen, werde durch die Patenterteilung zu einem subjektiven Rechte; denn sie werde allen genommen außer dem Patentinhaber und dem Vorbenutzer.

Adler[1]) faßt das Recht des Vorbenutzers ebenfalls als Recht mit positivem Inhalte auf. Es trete ins Leben mit dem Patente, durch das es erst zur subjektiven Berechtigung werde, sozusagen als Reflexwirkung gegen das allgemeine Verbotsrecht. Das Vorbenutzerrecht sei ein Benutzungsrecht an der Erfindung.

Aus dem Aufsatz von Bolze[2]), der nicht näher auf § 5 P. G. eingeht, ist nur zu ersehen, daß er das Vorbenutzerrecht für etwas wesentlich Verschiedenes hält von dem Rechte, das der Patentberechtigte hat.

II. Eigene Ansicht.

§ 35.

Zur Untersuchung dessen, was für ein Recht aus § 5 Abs. 1 P. G. vorhanden ist, ist es zunächst nötig, festzustellen, was für ein Recht *nach* der Patenterteilung vorliegt, weil von vielen behauptet wird, daß das Patent nur eine rechtliche Anerkennung des schon vorher bestehenden Erfinderrechtes, der § 5 Abs. 1 aber auf dieses schon vorhandene Erfinderrecht ebenfalls zurückzuführen sei.

Ein Erfinderrecht im eigentlichen Sinne des Wortes gibt es m. E. nicht, d. h. es gibt kein *Recht des Erfinders*. Das Recht, das jemandem durch die Erteilung des Patentes gegeben wird,

[1]) Grünhuts Zeitschr. Bd. 27 S. 580ff.

[2]) Leipziger Festschrift 1909 S. 8.

ist kein Recht des Erfinders, vielmehr das des ersten Anmelders[1]). Wenn auch das Patentrecht möglichst dem Erfinder das Privileg (§ 4 P. G.) sichern will und auch andere Vorschriften des Patentgesetzes daraufhin abzielen, dem Erfinder die größte Möglichkeit des Schutzes zu gewähren, so ist doch der Erfinder *als solcher* nie und nimmer geschützt. Es taucht zwar immer wieder in der Litteratur die Ansicht auf, der Erfinder besitze allein ein bestimmtes Recht, aber das ist stets zurückzuweisen. Klein[2]) sagt z. B.: im Falle des § 3 Abs. 2 P. G. wäre das Patent zu verweigern, wenn der Erfinder einen Einspruch erhebe; selbst Schanze[3]) redet für denselben Fall von dem „mittels Einspruchs geltend zu machenden besseren Rechte des Erfinders". Der Verletzte braucht ja garnicht Erfinder oder dessen Rechtsnachfolger zu sein! Das Recht aus dem Patent, welches also dem ersten Anmelder erteilt wird, entsteht erst im Augenblicke der Erteilung, doch gilt auch hier, wie öfters auf dem Gebiete des Rechtes: nasciturus pro iam nato habetur; schon mit der Bekanntmachung (§ 23 Abs. 1) entstehen die Wirkungen des Patentes. Diesen Standpunkt nimmt auch Schanze in seiner Untersuchung „Patentbesitz und Erfindungsbesitz" ein[4]): „Das Patentrecht entsteht nicht wie das litterarische und künstlerische Urheberrecht mit der Tatsache der Geistesschöpfung." Die Gesetze vom 19. Juni 1901 (Litterarisches Urheberrecht) und vom 9. Januar 1907 (Kunstschutzgesetz) nennen in den jeweiligen §§ 1 ausdrücklich die *Urheber*, das Patentgesetz und das Gebrauchsmustergesetz vom 1. Juni 1891 erwähnen nur den Anmelder. Das Patent gewährt dem ersten Anmelder ein Privileg, d. h. ein Ausnahmerecht. Der konstitutive Akt der Behörde, die dieses Recht erteilt, soll, wie Seligsohn[5]) — m. E. nicht mit Recht — sagt, kein Privileg sein, sondern nur ein ausschließliches Recht; auch andere Rechte würden durch konstitutive Akte ins Leben gerufen. Die Patenterteilung sei nicht die Rechtsnorm, durch die ein subjektives Recht geschaffen werde, sondern die Rechts*norm* sei in den §§ 1 und 4 P. G. zu suchen. Das Patentamt habe nur zu prüfen,

[1]) Vgl. oben § 10.
[2]) Leipziger Zeitschr. Bd. 2 S. 210.
[3]) S. 217.
[4]) S. 156.
[5]) Kohler-Festgabe 1909, S. 238; ebenso Kommentar S. 36—37.

ob die Voraussetzungen vorliegen und das im Patent festzustellen. Diesen Ausführungen ist nicht zuzustimmen. Die konstitutiven Akte des bürgerlichen Rechts und Handelsrechts schaffen keine Ausnahmerechte, hingegen schafft das Patentrecht ein solches[1]. Die Privilegien, die früher vollständig auf der Willkür des Herrschers beruhten, sind jetzt zu erteilen gemäß den Vorschriften des Patentgesetzes, aber sie bleiben Privilegien. Das Wort „Privileg" schreckt nur viele ab. Das Privileg von heute hat aber eine viel mildere Erscheinungsform als das von ehedem. Selbst Mittelstädt[2], der für das Recht des Erfinders de lege ferenda eintritt, sagt[3], das Patentrecht sei noch Privilegienschutz, „nicht ein Recht des Urhebers, sondern ein Privileg des Anmelders." Das liegt auch im Wesen der Materie. Es stößt bei dem litterarischen und künstlerischen Urheberrecht auf keine Schwierigkeiten, den Urheber eines Produktes festzustellen, auf die größten Schwierigkeiten würde es stoßen, den Vater eines technischen Gedankens zu ermitteln. Wenn B nur 10 Worte in derselben Reihenfolge schreiben wollte wie A und sie nicht in Anführungszeichen setzte, so würde wohl jeder mit Recht sagen: das ist ein Plagiat; denn die Möglichkeit, aus dem reichen Wortschatze einer Sprache 10 gleiche Worte herauszuholen und sie in dieselbe Reihenfolge zu setzen wie ein anderer, ist, auch wenn es sich um den Ausdruck desselben Gedankens handelt, — also nur eine beschränktere Anzahl von Worten zur Verfügung steht — beinahe: eins zu unendlich. Dasselbe gilt für das künstlerische Urheberrecht. Das gleiche Thema: Die Madonna mit dem Jesusknaben wurde im quattrocento und cinquecento unzählige Male dargestellt: was Kopie ist, kann man ohne weiteres feststellen, wenn man das Original kennt. Bei den Erfindungen ist jedoch die Form Nebensache. Derselbe Gedanke kann sich in viele Formen kleiden, die Erfindung bleibt dieselbe. Es kommt aber häufig genug vor, daß nur eine beschränkte Zahl von Einkleidungsformen gegeben ist. Und viele neue Gedanken liegen in der Luft, ebenso hier wie im Gebiete der Philosophie. Wie sollte man da den Erfinder feststellen, wer sollte das Erfinderrecht haben? Als

[1]) Vgl. Bolze, Leipziger Festschrift 1909, S. 8.
[2]) Leipziger Festschrift 1909, S. 227.
[3]) S. 230 l. c.

im Jahre 1909 die Tageszeitungen die Nachricht brachten, die Streichhölzer würden hoch besteuert werden, da kamen unzählige Leute, ganz unabhängig von einander, auf den Gedanken, Zündhölzer mit zwei Zündkuppen herzustellen; und war einmal dieser Gedanke gefaßt, so lag der nächste Konstruktionsgedanke, einen schwachen Einschnitt dem Holze zu geben, um die gebrauchte Seite leichter abzubrechen, nicht allzuferne. Welch' Unglück wäre es hier, den *ersten* Erfinder feststellen zu müssen! Es ist genug, daß der Erfinder, der doch die meiste Anwartschaft auf die Erteilung des Patentes hat, möglichst sichergestellt ist. Nach dem Gesagten ist zu ersehen, daß das Recht an einer Erfindung *nach* der Patenterteilung nur als Privileg anzusehen ist.

§ 36.

Dies sei genug zur Klarstellung dessen, was unter dem Patentrechte zu verstehen ist. Was besteht nun aber vor der Anmeldung?

Die meisten nehmen ein unvollkommenes Erfinderrecht an. Es werden dafür die mannigfachsten Gründe angeführt. Als Vertreter derjenigen, welche diesen Standpunkt einnehmen, sei Gierke genannt. Es ist nicht recht ersichtlich, warum Gierke ein *Recht des Erfinders* mit der Schöpfungstat annimmt. Wer ein Geheimnis trägt, wer ein immaterielles Gut überhaupt besitzt, wird als *Besitzer* desselben geschützt, gleichgiltig, ob er Erzeuger des Gutes ist oder nicht. Jeder Besitzer eines Immaterialgutes genießt einen Schutz, der natürlich nicht die Vollkommenheit hat wie der Schutz, den z. B. das Patentrecht gewährt. Das gewerbliche Geheimnis wird also, wie jedes andere Immaterialgut als ein schutzfähiges Rechtsgut angesehen[1]. Gierke führt an: „Das rechtlich anerkannte Persönlichkeitsgut des Erfinders" unterliegt der Vererbung und Veräußerung. Jedes gewerbliche Geheimnis, das der Nichterfinder besitzt, auch. Gierke sagt: Der Erfinder hat die Befugnis, über die Erfindung durch Veröffentlichung zu verfügen; einem anderen kann er die Veröffentlichung verbieten; tut dieser es dennoch, so ist er ihm zum Schadenersatz verpflichtet. — Das

[1]) Vgl. auch Damme S. 203.

ist aber auch bei jedem Geheimnisbewahrer der Fall. Was Gierke ferner von der Erfindungsbenutzung, von der unbefugten Entwendung u. a. sagt, steht ebenfalls jedem Besitzer des immateriellen Gutes der Erfindung zu, nicht nur dem Erfinder. Auch ein Recht auf Erteilung des Patentes ist nicht vorhanden. Jedem Erfinder und Nichterfinder wird die Mitwirkung der staatlichen Behörde zuteil, ein Recht darauf besteht aber nicht. Kohler[1]) gibt zutreffend das Analogon des Rechtsschutzanspruches, der heutzutage keiner Widerlegung mehr bedürfe. Wir sehen also, daß der Schutz, der dem Erfinder zuteil wird, ihm nicht in seiner Eigenschaft als Erfinder, sondern als Träger eines Geheimnisses, eines immateriellen Gutes, gewährt ist (z. B. Unl. Wettb. Ges. § 17; Z. P. O. § 384 Ziff. 3; Gew. Ord. § 139 b Abs. 1 u. a. m.). Ein Recht des Erfinders als solchen existiert vor der Anmeldung nicht. Wäre der Besitz der Liegenschaften ebenso geregelt wie der Fahrnisbesitz, so wäre es zwecklos, von solchen Unterscheidungen zu sprechen. Wir reden bei Fahrnisbesitz auch nicht von einem „Bleistiftbesitz" und einem „Lampenbesitz", sondern einfach von Besitz. In unserem Falle kann man also nur von einem Immaterialgutsbesitz reden, so lange für bestimmte Kategorien keine besondere rechtliche Regelung vorliegt.

Bezüglich Isay's Behauptung, es müsse vor der Anmeldung ein bestimmtes subjektives Recht an der Erfindung vorhanden sein[2]), da eine allgemeine Benutzungsmöglichkeit nicht bestehe, muß gesagt werden, daß diese Begründung nicht standhält. Es besteht auch nicht die allgemeine Möglichkeit, eine Villa in Grunewald zu erwerben, sondern nur wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen; trotzdem hat der Kommerzienrat X nicht ein subjektives Recht sie zu erwerben. Dagegen greifen die anderen Gründe Isay's durch. Was Gegenstand rechtlichen Schutzes ist, ist ein Recht. Das sagt auch Ihering in seiner Studie „Der Besitz[3])": „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen." Wie wir gesehen haben, sind aber Erfindungen nicht anders behandelt als andere immaterielle Güter, z. B. Geheimnisse,

[1]) Hdb. S. 248.
[2]) S. 92.
[3]) Iherings Jahrb. Bd. 32 S. 65.

die Praxis eines Arztes u. a.[1]; auch ihr Besitz ist rechtlich geschütztes Interesse und ist vererblich und veräußerlich.

Das Wort „Besitz" hat aber hier eine andere Färbung als der Besitz an Sachen. Eine Sache ist etwas Begrenztes, Materielles. Die Immaterialität eines derartigen Gutes wie Geheimnis und Erfindung läßt aber nicht eine feste Umgrenzung zu. Viele können im Besitze eines Immaterialgutes sein, jeder ist in seinem Vollbesitze. Von einem Immaterialgutsbesitz im juristischen Sinne kann man nur dann nicht reden, wenn das Gut zum Allgemeingut geworden ist, weil dann kein schutzbedürftiges Interesse vorliegt. — Wer den Besitz weitergibt, kann ihn auch noch mittelbar besitzen; auch mittelbarer Besitzerwerb ist möglich (vergl. Stellvertretung in der Erfindung, Lizenzerteilung usw.), aber überall hat das Wort „Besitz" kein greifbares Substrat. Wenn eine „Besitzentwendung" einer Erfindung stattfindet, so kann der Verletzte trotzdem weiter im vollen Besitz der Erfindung bleiben. Man sieht also, man muß unter diesen Begriff etwas anderes subsumieren als die juristisch landläufigen Vorstellungen von „Besitz". Dieser Besitz ist kein spezieller Erfindungsbesitz, auch kein Geheimnisbesitz (vergl. Kohler), sondern der ganz allgemeine Immaterialgutsbesitz. Wer Träger dieses Besitzes ist, ist geschützt, ob er Erfinder oder Nichterfinder ist. Dies muß immer wieder besonders betont werden. Kohler[2] will vor der Erfindung ein Erfinderrecht und ein Individualrecht konstruieren (dualistische Theorie). Daß das erstere nicht vorhanden ist, ist oben dargetan. Kohler will das Individualrecht bestehen lassen zugunsten des Geheimnisbewahrers, nicht des Erfinders oder Besitzers einer Erfindung. Zunächst ist die Zweiteilung in Erfindung und Geheimnis vollständig unbegründet. Es wird dasselbe Objekt von zwei Seiten aus betrachtet. Man könnte einwenden, auch auf juristischem Gebiete wie auf naturwissenschaftlichem bedarf eine Hypothese keiner Begründung, es genügt, wenn alle Erscheinungsformen durch sie erklärt werden. Es kann dahingestellt

[1] Bei Individualrechten kann man nicht vom Besitze eines Immaterialgutes reden: Namen, Ehre, Freiheit, sind zwar immateriell, sind auch rechtlich geschützte Güter, aber keine Rechtsgüter wegen ihrer Unübertragbarkeit, sie sind nur Güter im ideellen, ethischen Sinne.

[2] Hdb. S. 248 ff.

bleiben, ob der Satz für die Jurisprudenz statthaft ist; aber selbst wenn er gilt, muß für den vorliegenden Fall erklärt werden, die Hypothese ist unnötig, sie gibt nichts Neues. Es besteht ein Immaterialgüterrecht, das sich vollständig allein Geltung verschafft; wozu noch daneben ein Individualrecht des Immaterialgutsbesitzers qua Geheimnisträgers konstruieren? Das Individualrecht Kohler's (l. c.) muß sich auch einen starken Zwang gefallen lassen, es ist übertragbar. Nun ist es gerade das Zeichen des Individualrechtes, daß es am Individuum haftet, also nicht übertragbar ist. Damit fällt die Grundbedingung seiner Existenz; es besteht also in unserem Falle nicht. Wollte man das Wort „Individualrecht" auch auf die Urheberrechte, das Patentrecht usw. beziehen, wie es manche wollen, so würde damit nur der Begriff verdunkelt werden, er würde garnichts mehr besagen. An anderer Stelle[1]) hat Kohler die Theorie, die das Recht an einer Erfindung allein auf das Individualrecht zurückführen will (z. B. Gareis), selbst widerlegt.

Es ist in den obigen Ausführungen dargelegt worden, daß an der Erfindung vor der Anmeldung kein besonders gearteter Erfindungsbesitz, kein Individualrecht vorliegt, sondern nur ein allgemeiner Immaterialgutsbesitz.

§ 37.

Liegt nun auch im § 5 Abs. 1 weiter nichts vor als dieser gewöhnliche Immaterialgutsbesitz?

Wir sehen, daß hier zwar auch als Substrat eine „Erfindung", also ein immaterielles Gut, vorhanden sein muß, aber es ist eine ganz besondere Regelung vorgenommen. Der vorhandene Immaterialgutsbesitz ist nicht aufgegeben, es ist aber daneben ein Privileg getreten, dessen Substrat dasselbe ist; durch die Veröffentlichung der Privilegsanmeldung ist die „Erfindung" jedermann bekannt geworden. Allgemeingut ist sie aber nicht durch das Bekanntwerden geworden, denn keiner darf sie sich aneignen. Für den Vorbenutzer ist nun eine bestimmte Normierung seines Rechtes durch § 5 gegeben; vorher war eine Normierung nicht da; es galten die allgemeinen Regeln für immaterielle Güter. Das Gut entsprang nicht aus einem Rechte, sondern aus der allgemeinen Befugnis,

[1]) Hdb. S. 75 ff.

Gewerbe zu treiben. Labands Ansicht ist es infolgedessen, es wäre eine allgemeine Befugnis geblieben, das Fundament der allgemeinen Gewerbefreiheit. Die Ausübung eines Rechtes sei die Befugnis des § 5 nicht, daher auch nur einredeweise geltend zu machen. Dem ist nicht zuzustimmen. Eben dadurch, daß der Gesetzgeber eine besondere Normierung schuf, wollte er nicht nur eine Einrede dem Fortbenutzer schaffen, er wollte ihm ein besonderes Recht erteilen. Wenn es auch häufig vorkommt, daß Aufhebungen von Verboten sich in die Form von positiven Erlaubnissen kleiden, aber trotzdem nur die natürliche Handlungsfähigkeit feststellen, wie Laband [1]) sagt, so muß doch für unseren Fall gesagt werden, es hat schon vorher die natürliche Handlungsfähigkeit bestanden, mit der Anmeldung zum Privileg besteht sie nicht mehr; nun normiert das Gesetz für einen speziellen Fall eine besondere Erlaubnis; es kann sich doch also nicht um die Weiterführung der natürlichen Handlungsfähigkeit handeln. Wenn ein Privileg seine Kraft ausübt, so würde diese Kraft jedem gegenüber zur Geltung kommen, wenn das Gesetz nicht manchem ein besonderes Recht zusprächе, das dem Privileg entgegengehalten werden könnte.

Daß es sich im § 5 Abs. 1 P. G. um den Inhalt eines positiven Rechtes handle, hat auch das Reichsgericht dadurch anerkannt, daß es die Möglichkeit, eine Feststellungsklage zu erheben, bejahte [2]). Es behauptet zwar Damme [3]), daß die prozessuale Erscheinungsform eines Rechtssatzes keinen Anhalt geben könne für die dem materiellen Recht angehörende Konstruktion des letzteren. Dieser Ansicht ist aber nicht beizupflichten; denn so gut die Erscheinungen des materiellen Rechts Anhaltspunkte für Normen des formellen geben, so gut kann es auch umgekehrt sein. Und wenn der Satz besteht: „Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses kann Klage erhoben werden" (§ 256 Z. P. O.), so muß mit Notwendigkeit daraus geschlossen werden: Liegt kein Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 Z. P. O. vor, so kann keine Feststellungsklage erhoben werden. Handelt es sich nun um die Zulässigkeit der Feststellungsklage und wird erkannt,

[1]) s. oben § 34 am Anfang.
[2]) R. G. E. vom 14. 12. 1903, Bl. Bd. 10 S. 362.
[3]) S. 357.

die Klage ist zulässig, so wird implicite damit ausgesprochen, es liegt ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 Z. P. O. vor. Ein Rechtsverhältnis wäre aber nicht vorhanden, wenn nur eine allgemeine Befugnis vorläge. Es muß sich also im vorliegenden Falle um den Inhalt eines positiven Rechts handeln.

Was ferner die Behauptung Dammes (l. c.) anbetrifft, es hätte einer gesetzlichen Sanktionierung nicht bedurft, weshalb auch in Frankreich die Praxis der Gerichte das Vorbenutzungsrecht ohne gesetzliche Regelung anerkennen, ist zu erwidern, daß die Ausfüllung einer Lücke im Gesetze durch gewohnheitsrechtliche Uebung noch keinen Beweis für die Entbehrlichkeit der gesetzlichen Normierung ist[1]). Das französische Patentgesetz stammt aus dem Jahre 1844; neue Patentgesetzgebungen haben die Fortbenutzungsbefugnis ausdrücklich geregelt, so z. B. das österreichische Patentgesetz vom Jahre 1897 in § 9.

Es hat sich somit gezeigt, daß das Recht aus § 5 ein positives Recht ist, das seinen Ursprung auf den Immaterialgutsbesitz zurückführt. Dieser Immaterialgutsbesitz gibt dem Besitzer die *Möglichkeit*, die Erfindungsprodukte herzustellen, in Verkehr zu bringen usw. Während der Besitz selbst sich nun als *Recht* darstellt, sind die angeführten Handlungsmöglichkeiten (§ 4 P. G.) nur natürliche Folgen des Besitzes, kein Recht an sich, sie bilden nicht den Inhalt des Rechtes, ebenso wie die Möglichkeit des Ankaufs einer Villa in Grunewald nicht das *Recht* des Geldbesitzers ist, sondern eine Folge des Geldbesitzes. Im Falle des § 5 Abs. 1 wird aber den Handlungsmöglichkeiten der Charakter eines Rechts gegeben, es werden die Handlungsmöglichkeiten zu *Berechtigungen*. Sie werden *als solche* geschützt gegenüber dem Privileg des Patentinhabers mit fest gezogenen Grenzen.

Privileg ist das auch nicht, was hier vorliegt; es ist keine Verleihung von seiten einer Behörde, es ist ein kraft Gesetzes festgestelltes Recht, das mit Eintreten gewisser Bedingungen (Patentanmeldung von seiten eines anderen) ebenfalls eintritt.

[1]) Vgl. Lücke im Gebrauchsmustergesetz vom 1. 6. 1891. Das O. L. G. Hamm hat in der Entscheidung vom 9. 5. 1905 (Bl. Bd. 12 S. 49) für das Gebrauchsmusterrecht das Recht des Vorbenutzers anerkannt, allerdings mit den Argumenten Dammes.

Von einem dem Rechte des Patentinhabers ähnlichen Rechte (Kent) kann somit nicht die Rede sein. Auch ein Recht „am" Rechte des Patentinhabers ist nicht vorhanden. Diese falsche Auffassung ist genügend bei Isay[1]) abgewiesen. Die Vorstellung von einer Servitut (Ansicht von Zoll) verwirft Adler[2]) mit Recht. Er macht darauf aufmerksam, daß eine Servitut an einem herrenlosen Grundstücke erworben wird ohne Rücksicht auf eine spätere Okkupation des praedium serviens. Da aber das Recht des Vorbenutzers erst im Augenblicke der Patentierung entsteht, kann es nicht mit der Wegeservitut verglichen werden, die vorher schon zur Entstehung gelangt.

Das Recht des Vorbenutzers tritt primär nicht gegenüber der Allgemeinheit auf, sondern gegenüber dem Patentinhaber, die Befugnisse nach außen sind implicite darin enthalten[3]). Es ist Schanze bezüglich des Zeitpunktes der Entstehung des Rechtes beizustimmen. Der Charakter des subjektiven Rechtes wird der Möglichkeit, die Erfindung zu benutzen, erst im Momente der Patenterteilung zuteil. Es bleibt also nicht, wie Isay will, dasselbe rechtliche Verhältnis mit Hinzufügung von Einschränkungen bestehen, sondern es entsteht mit der Bekanntmachung des Patentes (§ 23 Abs. 1 P. G.) ein neues Recht.

Das Patent entsteht sofort um die Größe, die das Recht des Vorbenutzers einnimmt, kleiner; wäre kein Vorbenutzer vorhanden, so würde das Privileg in voller Abrundung erscheinen, so aber fehlt ein Stück des Kreises, in dem das Privileg seine Geltung ausüben kann. Das Stück ist aber vorhanden, nur wird es von dem Rechte des Vorbenutzers ausgefüllt. Diesem Rechte fehlt jedoch der Mittelpunkt, es hat nur accessorischen Charakter; es steht und fällt mit dem Patent. Sobald dieses erlischt, besteht auch kein Recht des Vorbenutzers mehr[4]). Der

[1]) S. 174.

[2]) Grünhuts Zeitschrift Bd. 27, S. 580 f.

[3]) Vgl. Schanze, s. oben § 34.

[4]) Es kann jedoch schon vorher erlöschen, z. B. durch Verzicht, es ist also nicht, wie Schanze will, dem Patente immanent (vgl. Adler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 27, S. 581).

Besitz, den er an der Erfindung hatte, bleibt aber auch nicht bestehen oder lebt wieder auf; die Erfindung ist Allgemeingut geworden. Sie ist kein Gut mehr, das wenigen Personen zukommt.

Man kann Kohler, Osterrieth und Robolski nicht zustimmen, wenn sie das Vorbenutzungsrecht als lizenzähnlich, als gesetzliche Lizenz bezeichnen. Gerade das Charakteristikum der Lizenz, die Ableitung vom Patentrechte, fehlt ihm[1]); wir reden doch auch nicht von einem „gesetzlichen Vertrage"!

Daß das in Frage stehende Recht noch nicht in die Rubrik obligatorischer Rechte eingereiht wurde, ist selbstverständlich und bedarf keiner Erörterung. Aber man kann es auch nicht in die Rubrik „dingliche Rechte" versetzen. Es haben sich daher manche, so Isay, Kohler, Allfeld u. a. mit dem Notbehelf der römischen Juristen, dem quasi, abgefunden, da die eine Eigenschaft des dinglichen Rechtes beim Rechte des Vorbenutzers fehlt — nämlich die Wirkung gegen jedermann. Aber auch die andere ist nicht strikte vorhanden, denn ein dingliches Recht hat zum Gegenstand eine individuell bestimmte Sache[2]), hier kann man aber nur von einem individuell bestimmten Objekt reden. Mit dem Worte „quasi-dinglich" ist also so gut wie nichts gesagt.

Daß das Recht des Vorbenutzers einen Vermögenswert besitzt, ist nicht zweifelhaft; denn ein Betrieb, der das Recht hat, monopolisierte Gegenstände herzustellen, ist mehr wert als ein Betrieb, der eines solchen Rechtes ermangelt. Die Beschränkung der Verkehrsfähigkeit, die das Gesetz feststellt, ist an sich kein Hindernis, das Recht des Vorbenutzers als Vermögensrecht anzusehen.

Das Recht des sogenannten Vorbesitzers einer Erfindung ist somit ein Vermögensrecht mit einem bestimmten, vom Gesetze umschriebenen Umfange, dessen Grenzen die Ausführungen des nächsten Teiles klarlegen sollen. Es zeigt sich auch hier, daß die Entwickelung des Verkehrs im Rechte Institute schafft, die in die bestehenden Kategorien nicht einzureihen sind.

---

[1]) Vgl. Kent S. 540.

[2]) Vgl. Engelmann S. 485.

Das Ergebnis ist, an den bestehenden Maßstäben des Rechtes gemessen, ein rein negatives: In § 5 Abs. 1 P. G. liegt kein Privileg, kein gewöhnlicher Immaterialgutsbesitz, kein obligatorisches, kein dingliches, kein Individualrecht, keine Servitut vor und keine Lizenz. Geben die vorhandenen Maßstäbe aber nur irrationale Zahlen als Resultat, so schafft man sich einen neuen Maßstab und zwar mit der Einheit, die man vor sich liegen hat. Vielleicht ergibt bei späteren Messungen diese Einheit bessere Resultate als die bisherigen Maße: Es besteht im § 5 Abs. 1 P. G. das Gewerbliche Fortbenutzungsrecht[1]).

[1]) Eine Bezugnahme auf das Patentrecht ist absichtlich fortgelassen. Die gewählte Bezeichnung dürfte wohl das richtige treffen und im Gebiete der gesamten gewerblichen Schutzrechte verwendbar sein. (Für das Gebrauchsmusterrecht vgl. Kohler, Musterrecht S. 122.)

Dritter Teil: Der Umfang des Rechts.

I. Einleitung.

§ 38.

Das alte Patentgesetz vom 25. Mai 1877 kannte auch schon das gewerbliche Fortbenutzungsrecht, doch war der Umfang desselben nicht fixiert, es fehlte Satz 2 und 3. Man mußte den Umfang in der Praxis aus den übrigen Vorschriften des P. G. in Verbindung mit der Vorschrift des derzeitigen § 5 ableiten, und es ergab sich eine große Unsicherheit. Kohler und Klostermann traten für die Auffassung ein, die dem jetzigen Inhalte des § 5 Abs. 1 ungefähr entspricht; die Praxis des Reichsgerichts ließ eine bedeutend größere Betätigungsmöglichkeit zu. Der Vorbenutzer durfte, wie beispielsweise die Reichsgerichtsentscheidungen, vom 14. März 1882[1]) und vom 11. Juni 1890[2]) aussprechen, alles das tun, was der Patentinhaber zu tun berechtigt ist, nur hatte er nicht das Untersagungsrecht Dritten gegenüber. Diesen Meinungsverschiedenheiten ein Ende zu machen, wurde vom Bundesrat der Satz 2 dem Regierungsentwurfe, der die alte Fassung beibehielt, hinzugefügt. Satz 3 verdankt seine Entstehung erst der Reichstagskommission, um den Fortbenutzungsberechtigten die Möglichkeit zu nehmen, Lizenzen zu erteilen.

§ 39.

Wenn § 5 P. G. erklärt: Die Wirkung des Patentes tritt nicht gegenüber dem Fortbenutzungsberechtigten ein, soll damit zunächst gesagt sein, der Fortbenutzungsberechtigte könne alles das tun, was § 4 P. G. dem Patentinhaber zuspricht; er kann also

[1]) Gar. Bd. 3 S. 174.
[2]) Gar. Bd. 8 S. 289.

den Gegenstand der Erfindung herstellen, in Verkehr bringen, feilhalten und gebrauchen; alles dies ist aber nur für das Gebiet des Gewerbebetriebes geregelt. Die private Herstellung wird vom Patentrecht nicht berührt, sie ist ihm ohne weiteres gestattet[1]. Der Umfang dieser Befugnisse ist aber nicht derselbe wie der Inhalt des Patentrechtes. Der Fortbenutzungsberechtigte hat zunächst Dritten gegenüber kein Untersagungsrecht, er darf sein Recht nur für die Bedürfnisse des eigenen Betriebes in eigenen oder fremden Werkstätten ausüben, und er darf schließlich dieses Recht nicht von seinem Betriebe trennen; es ist fest mit ihm verbunden[2], so daß es nur mit dem Betriebe zusammen vererbt oder veräußert werden kann; es ist daher dem Fortbenutzungsberechtigten nicht möglich, Lizenzen zu erteilen[3]. Kohler nennt diese Beschränkungen den „qualitativen Umfang“[4] (der Lizenz) und stellt ihm gegenüber den quantitativen Umfang[5], der jedoch für das Fortbenutzungsrecht nicht besteht. Demnach ist der Fortbenutzungsberechtigte befugt, den bisherigen Umfang seines Betriebes zu erweitern[6].

Welchen Umfang das gewerbliche Fortbenutzungsrecht bezüglich der Person des Berechtigten hat, ist oben § 3 bis § 5 erörtert worden. Es kann daher hier auf jene Ausführungen verwiesen werden.

II. Betrieb.

§ 40.

Es ist notwendig, zunächst zu wissen, was das Gesetz unter einem „Betrieb“ versteht.

Daß der Gewerbebetrieb unter allen Umständen darunter fällt, unterliegt keinem Zweifel; auch die in § 1 H. G. B. erwähnten Betriebe sind darunter zu verstehen. Die Frage, ob die land- und forstwirtschaftlichen Betriebe mit einzubeziehen sind, wird von den Kommentatoren bejaht (Isay schweigt), von den systematischen Darstellungen unbeantwortet gelassen. Wenn also ein Weinhändler

[1] Vgl. oben § 22.
[2] s. u. § 54.
[3] s. u. §§ 47 und 48.
[4] Hdb. S. 479.
[5] Hdb. S. 482.
[6] s. u. § 48 am Ende.

eine geschützte Flaschenkapselmaschine, ein Landwirt einen patentierten Dampfpflug vorbenutzt hat, so sind beide berechtigt, die Erfindung weiter zu benutzen und für ihren eigenen Betrieb bei einem beliebigen Fabrikanten sich neue anfertigen zu lassen[1]). Es dehnen aber einige Schriftsteller den Umfang des gewerblichen Fortbenutzungsrechtes noch weiter aus.

Alle diejenigen, die auch eine Vorbenutzung zu privaten Zwecken als Voraussetzung für das Vorhandensein des Rechtes zulassen[2]), verstehen unter den „Bedürfnissen seines eigenen Betriebes" die „gesamten gewerblichen und häuslichen Bedürfnisse[3])." Seligsohn (l. c.) gibt das Beispiel, daß jemand zu privaten Zwecken eine Uhr vorbenutzt hat, dann dürfe er bei einem beliebigen Uhrmacher, auch nach Patentnahme von seiten eines Dritten, sich eine zweite Uhr gleicher Konstruktion anfertigen lassen, ohne daß dieser das Patentrecht verletzte. Diese Ansicht ist nicht zu billigen. Es liegt zunächst gar kein schutzwürdiges Interesse vor. Kann der Betreffende selbst den geschützten Gegenstand herstellen, so steht ihm nichts im Wege das zu tun. Zeit, Mühe und Kosten werden zu privaten Zwecken nur so weit aufgewendet, als dies zur Herstellung des einen Gegenstands erforderlich ist. Diese Aufwendungen sind ja gar nicht auf die Wiederholung der Herstellung des Erfindungsgegenstandes gerichtet; wären sie es, so würde ja eine Veranstaltung zur Benutzung im gewerblichen Sinne vorliegen, eine Voraussetzung des § 5 P. G. gegeben sein. Dies ist die ratio legis. Aber auch die wörtliche Interpretation ergibt den erläuterten Sinn. Selbst wenn man unter „Betrieb" in Satz 2 den von Seligsohn und Allfeld vertretenen Sinn versteht (die gesamten gewerblichen und häuslichen Bedürfnisse), so sagt doch Satz 3, daß die Befugnis nur zusammen mit dem Betriebe vererbt oder veräußert werden kann. Das müßte natürlich derselbe Betrieb wie in Satz 2 sein. Welchen „Betrieb" sollte der Privatbenutzer veräußern können? Etwa seinen Privathaushalt[4])?

[1]) Diese Frage wird weiter unten (§§ 50 u. 51) noch eingehender zu erörtern sein.

[2]) s. oben §§ 20—22.

[3]) Allfeld S. 109; ebenso Seligsohn S. 156; Ephraim S. 442; Stenglein S. 60.

[4]) Vgl. oben § 22.

Der Umfang des Fortbenutzungsrechtes geht also nicht so weit, daß der private Vorbenutzer späterhin den patentierten Gegenstand in fremden Werkstätten herstellen lassen darf[1]. Wenn jemand, der vorbenutzt hat, in eigener Werkstatt für private Zwecke den Gegenstand der Erfindung herstellt, so handelt er nicht als Vorbenutzer, sondern in seiner Eigenschaft als Privatmann, der von dem Patentrecht nicht berührt wird[2].

§ 41.

Die „Bedürfnisse" in Satz 2 des § 5 P. G. lassen ebenfalls nicht allzu enge Grenzen zu. Es läßt sich ein prinzipieller Unterschied feststellen zwischen dem Bedürfnis des Betriebes desjenigen, der den Gegenstand der Erfindung hergestellt hat oder die erforderlichen Veranstaltungen zur Fabrikation getroffen hat, und den Bedürfnissen des Betriebes desjenigen, der nur „gebraucht" hat. Schon oben[3] ist erörtert worden, daß Herstellen, Inverkehrbringen und Feilhalten eine fortlaufende Reihe von Handlungen des Produzenten des Gegenstandes in Anwendung auf den § 5 P. G. darstellt, während das Benutzen unabhängig davon eintreten kann. Es wird ohne weiteres zugegeben werden, daß der Maschinenfabrikant, der die öfters erwähnte Flaschenkapselmaschine vor der Patentierung hergestellt hat, eine wesentlich andere Vorbenutzung statuiert hat als der Weinhändler, der sie „gebraucht" hat. Es liegt dies an den verschiedenen Bedürfnissen des Betriebes. Dieser Punkt ist nicht genügend gewürdigt worden. Allfeld[4] wirft alle Arten der Benutzungsmöglichkeiten zusammen, erklärt infolgedessen auch das Ueberspringen von einer Benutzungsart zu einer beliebigen anderen für erlaubt.

Kohler lehnt kurzweg den Uebergang von einer Art der Benutzung zur anderen ab mit der Begründung, daß der Produzent und der Gebraucher einer Ware zwei vollkommen verschiedenartige Tätigkeiten verrichteten und kein Grund dazu vorhanden sei, daß der Besitzstand des einen auf den anderen übergehen dürfe. Kohler

[1] Gleicher Ansicht Kent S. 565 und Isay S. 175—176.
[2] Vgl. oben § 22.
[3] § 15.
[4] S. 107. Ebenso Stenglein S. 60; Kent S. 562; Ephraim S. 112 u. a.

erkennt dem Produzenten natürlich die Möglichkeit zu, den verfertigten Gegenstand zu veräußern, und die dem Verkehr überantwortete Ware kann selbstverständlich weiter veräußert und beliebig benutzt werden. Es ist Kohler vollkommen zuzustimmen; während er jedoch die Begründung in der ratio legis sucht, ist m. E. der Grund im Texte des Gesetzes selbst zu suchen. Die Bedürfnisse des Betriebes eines Weinhändlers gehen doch nicht so weit, daß er Maschinen für Flaschenkapseln selbst gießt, bearbeitet und montiert; und der Betrieb einer Landwirtschaft bedarf doch nicht einer Werkstätte, um Dampfpflüge zu konstruieren. Allfeld behauptet zwar[1], daß die Worte „für die Bedürfnisse seines eigenen Betriebes" keinen Anhalt für die dargestellte Auffassung gäben. Es ist im Gegenteil zu sagen, es liegt durchaus keine Veranlassung vor, der Auffassung stattzugeben, die Worte „für die Bedürfnisse seines eigenen Betriebes" wären „eher im Sinne des jeweiligen als des bisherigen Betriebes zu verstehen[2]". Wenn man sagt: Der Landwirt hat das Recht, die Erfindung eines bestimmten Pfluges im eigenen Betriebe auszunutzen, so wird doch der unbefangene Mensch ohne weiteres annehmen, daß der landwirtschaftliche Betrieb gemeint ist und nicht der Betrieb einer Maschinenfabrik, die der Landwirt gedenkt, sich demnächst einzurichten.

Allfeld (l. c.) erwähnt selbst, daß die Begründung des Patentgesetz-Entwurfes, der Satz 2 zu § 5 hinzufügte, eine beliebige Erweiterung der Ausnutzung dem Vorbenutzer „nur für die Zwecke seines Betriebes" gestattet wissen wollte, und findet trotzdem keinen Widerspruch in seiner Ansicht. Es ist der Meinung Kohler's[3], Isay's[4] und Schanze's[5] beizupflichten, welche strikte verlangen, die Art des Betriebes dürfe vom Fortbenutzungsberechtigten nicht geändert werden.

§ 42.

Es muß noch erwähnt werden, daß Fälle möglich sind, in denen man ein Ueberspringen von einer Benutzungsart zur anderen erblicken könnte, in Wirklichkeit ist dies aber nicht der Fall; und

1) S. 110.
2) Allfeld l. c.
3) Hdb. S. 479 f.
4) S. 176 f.
5) S. 260 ff.

zwar kommt dies dann vor, wenn der Produzent einer Ware sich einen Betrieb einrichtet, in dem er den Gegenstand der Erfindung nur gebraucht. Angenommen, der Fabrikant der Flaschenkapselmaschine ginge dazu über, sich eine Weinhandlung zu errichten, dann dürfte er in derselben ohne weiteres die betreffende Maschine gebrauchen. Dann würde er als Maschinenfabrikant Veräußerer sein, als Weinhändler Erwerber einer Ware, die dem Verkehr berechtigterweise übergeben worden ist; diese Manipulation würde sich mindestens in einer Buchung bemerkbar machen. Schanze [1]) bestreitet zwar die Giltigkeit des Satzes, daß man von der Produktion zum Gebrauche übergehen kann, bezw. neben der Produktion einen Betrieb eröffnen kann, in welchem nur „gebraucht" wird; doch wird ihm darin nicht beizutreten sein.

§ 43.

Der Fortbenutzungsberechtigte wird ebenfalls, ohne sich einer Verletzung des § 5 P. G. schuldig zu machen, für den eigenen Betrieb, der nur „gebrauchte", den Gegenstand der Erfindung herstellen dürfen. Dies wird von allen bejaht, auch von Schanze [2]), Kohler [3]) und Isay [4]). Schanze (l. c.) gibt das Beispiel, daß ein Sägemüller bisher eine Säge gebraucht hat, die später patentiert worden ist. Er ist auch befugt, nachher die Säge selbst herzustellen. Dies versteht sich von selbst; denn wenn ihm das Gesetz gestattet, in fremden Werkstätten die Säge für die Bedürfnisse seines Betriebes herstellen zu lassen, so muß es ihm auch gestatten, sich für die eigenen Bedürfnisse eine Werkstatt erst einzurichten. Zutreffend bemerkt er [5]), daß der Vertrieb der betreffenden Sägen natürlich nicht gestattet wäre.

§ 44.

Wir haben oben [6]) gesehen, daß der Nur-Gebraucher nicht zur Fabrikation des Erfindungsgegenstandes übergehen darf. Hingegen wird es statthaft sein, daß eine Fabrik, die gewisse Produkte

[1]) S. 265. Anscheinend auch Kohler, Hdb. S. 479.
[2]) S. 264.
[3]) Hdb. S. 480.
[4]) S. 177.
[5]) Ebenso Isay l. c.
[6]) § 41 am Anfang.

bislang zu eigenem Gebrauche hergestellt hatte, diese demnächst auch veräußert, in Verkehr bringt und feilbietet. Schanze[1], der sonst dem Umfange des gewerblichen Fortbenutzungsrechts die engsten Schranken setzt, gibt dieser Möglichkeit Raum. Ephraim[2] hält Schanze seine Inkonsequenz vor; er meint, so wie Schanze den Begriff „eigener Betrieb" aufgefaßt habe, dürfte nicht zur Herstellung für den Verkauf übergegangen werden. Er gibt ein Beispiel: Danach dürfte eine Fabrik, die für ihre Farbwarenfabrikation bisher selbst die Schwefelsäure hergestellt hat, nach Patentierung des Verfahrens zur Herstellung der Schwefelsäure dieselbe nicht verkaufen. — Diese Auffassung, die Ephraim von Schanzes Erörterungen hat, ist irrig. Eine Fabrik, die Schwefelsäure und Farben herstellt, hat zwei besondere Betriebe; jeder hat einen bedeutenden Umfang. Und wenn der Schwefelsäure-Betrieb seine Produkte dem Farbwaren-Betrieb lieferte, so war dies auch eine Veräußerung. Die personificierten Conti tun dies dar. Das ist nicht nur eine Abstraktion, die man der größeren Uebersicht wegen vornimmt, sondern dies entspricht den tatsächlichen Verhältnissen.

§ 45.

Während, wie wir gesehen haben, die Bedürfnisse des Betriebes eine Aenderung in seiner Art nicht zulassen, ist allgemein anerkannt, daß der Betrieb an den bestehenden Umfang nicht gebunden ist, daß vielmehr durch das Gesetz die Möglichkeit gegeben wird, den bisherigen Umfang zu erweitern. Es besteht, wie oben erwähnt, kein quantitativer Umfang des gewerblichen Fortbenutzungsrechtes. Man kann dem Fortbenutzungsberechtigten nicht vorschreiben, den bisherigen Kundenkreis oder die bisherige Produktionsmenge nicht zu überschreiten; das ist schon deshalb nicht möglich, weil das Gesetz die Veranstaltungen in gleicher Weise schützt wie den eingerichteten Betrieb. Kohler[3] erwähnt noch ein Bedenken, das dagegen vorliegen würde, dem Betriebe ein Ueberschreiten des bestehenden Umfanges zu nehmen. Der Stand der Produktion hängt vielfach von Zufälligkeiten ab, die den Fortbenutzungsberechtigten schwer

[1]) S. 265.
[2]) S. 443.
[3]) Hdb. S. 483.

schädigen könnten, wenn das Gesetz, ohne auf sie Rücksicht zu nehmen, eine Erweiterung nicht zuließe. Wer also einen Kleinbetrieb hatte, kann einen Großbetrieb errichten. Wer nur produziert hatte, darf in Verkehr bringen und feilhalten, er darf neue Werkstätten anlegen, soweit sie dem Betrieb angegliedert sind[1]) u. a. m.

Voraussetzung ist aber immer, daß der Vorbenutzer den begrifflichen Inhalt der Erfindung erfaßt habe. Es kann an dieser Stelle auf die Erörterungen § 9 und § 24 zurückverwiesen werden. Wer den gedanklichen Inhalt kannte, ist an die äußere Form nicht gebunden, er kann auch die Form der Ausführung wählen, die der Patentinhaber dem Gegenstand gegeben hat. Es kommt aber nicht darauf an, ob der Vorbenutzer die wissenschaftliche Erkenntnis des erreichten Zieles gehabt hat. Es kommt nur die tatsächliche Kenntnis des Zieles und die Kenntnis der verwandten Mittel in Frage. Es versteht sich, daß für den Fortbenutzungsberechtigten durch Anwendung der Aequivalente der Umfang des Fortbenutzungsrechtes bedeutend erweitert wird. Wer also eine Vorrichtung benutzte, deren gedanklicher Inhalt ein bestimmtes kinematisches Problem in sich faßte, darf die gleiche Maschine des späteren Anmelders ebenfalls zur Ausführung bringen, wenn sich auch dessen Patentanspruch auf die Umkehrung des kinematischen Vorganges stützte. Das gleiche wird sehr häufig der Fall sein bei der Patentierung eines chemischen Verfahrens.

Natürlich wird das technische Aequivalent nicht immer eine Erweiterung des gewerblichen Fortbenutzungsrechts ergeben, sondern nur dann, wenn zu ihm das fernere Erfordernis hinzutritt, daß auch ein patentrechtliches Aequivalent vorliegt: kurz gesagt immer in dem Falle, wenn das Aequivalent auch das Patentrecht erweitert. Es würde zu weit führen, die umfangreiche Lehre der Aequivalente aufzurollen; es sei hier auf die interessanten Ausführungen von Kohler[2]), Robolski[3]), Isay[4]) und anderen verwiesen. Daß der Umfang des gewerblichen Fortbenutzungsrechtes nur so weit reicht, als sich die Vorbenutzung mit dem Gegenstande der Patentanmeldung

[1]) s. u. § 48. Gleicher Meinung Schanze S. 266; Allfeld S. 107; Ephraim S. 442; Osterrieth S. 107 u. a.

[2]) Hdb. S. 153 ff.

[3]) Th. S. 217 ff.

[4]) S. 152 ff.

gedeckt hat, ist oben schon erörtert[1]). Daraus ergibt sich auch, daß der Fortbenutzungsberechtigte kein Recht am Objekte eines eventuellen späteren Zusatzpatentes hat.

§ 46.

Hinsichtlich der Frage der örtlichen Begrenzung des gewerblichen Fortbenutzungsrechtes besteht kein Einklang unter den Schriftstellern. Für die örtliche Unbeschränktheit treten ein Kohler[2]), Robolski[3]), Seligsohn[4]), Kent[5]), Allfeld[6]), Ephraim[7]), Stenglein[8]) und Osterrieth[9]). Die örtliche Beschränkung verfechten Adler[10]), Isay[11]) und Damme[12]). Eine vermittelnde Rolle spielt Schanze[13]). Diese Frage ist von großer Bedeutung und bedarf einer näheren Untersuchung.

§ 47.

Die Vertreter der erstgenannten Ansicht führen mancherlei bedeutende Gründe ins Feld. Zunächst stützt sich Seligsohn auf die historische Entstehung des Satzes 2 in § 5: Da das alte Patentgesetz die Frage, ob der Fortbenutzungsberechtigte den Betrieb vergrößern und neue Fabrikationsstätten (auch Fabrikationsetablissements) errichten dürfe, offen gelassen habe, wäre der in seinem Wortlaute nicht präzise Satz 2 hinzugefügt worden. Kohler gibt als Grund denselben wie für die quantitative Expansionsmöglichkeit des Betriebes an. Der Fortbenutzungsberechtigte dürfe also Zweigniederlassungen errichten und neue Unternehmungen gründen, „alles nach den Lizenzgrundsätzen, sofern die Vielheit der Unter

---

[1]) s. oben § 24 am Ende.
[2]) Hdb. S. 482.
[3]) Th. S. 225; Kommentar S. 45.
[4]) S. 155.
[5]) S. 563 f.
[6]) S. 107.
[7]) S. 443.
[8]) S. 60.
[9]) S. 107.
[10]) Grünhuts Zeitschrift Bd. 27 S. 578.
[11]) S. 176.
[12]) S. 358.
[13]) S. 266.

nehmungen durch die Einheit der Person zusammengehalten wird." Kent meint, der ungenaue Ausdruck „seines eigenen Betriebes" meine offenbar auch mehrere verschiedene Gewerbe in gänzlich getrennten Betrieben. Nur der Lizenzerteilung soll durch das Gesetz eine Schranke gesetzt sein. Der Berechtigte dürfe den Umfang von einem Betrieb auch auf einen anderen ausdehnen, ja er könne nach der Patenterteilung neue Betriebe eröffnen, die anders geartet sind als der bisherige. So könne z. B. ein Bierbrauer, der eine Erfindung benutzt habe, späterhin eine Branntweinbrennerei errichten, wenn der Anmelder die Erfindung in erster Reihe zur Branntweindarstellung sich gedacht habe. - Allfeld führt die Argumente Seligsohns an. Robolski bezeichnet seinen Standpunkt als herrschende Theorie, die vom Reichsgericht anerkannt werde, die übrigen begründen ihren Standpunkt nicht.

§ 48.

Von den Gegnern des erörterten Standpunktes sei zunächst Damme erwähnt: Er will nur diejenigen Unternehmungen geschützt wissen, welche bereits mit den betreffenden Veranstaltungen bestehen; es sollen also Unternehmungen, welche die betreffenden Veranstaltungen noch nicht haben oder die erst später errichtet werden, ausgeschaltet sein. Eine vom Reichsgericht[1]) bestätigte Konsequenz seiner Ansicht findet Damme in der Versagung der Fortbenutzungsbefugnis gegenüber dem Angestellten, der selbständig vorbenützt hatte. Adler sagt kurz, die der Gesetzesvorschrift zugrunde liegende Idee sei offenbar nur die, daß der Betrieb gemeint sei, in welchem die Vorbenutzung erfolgt ist. Nur Isay und Schanze verbreiten sich über diese Frage. Zutreffend erklärt Isay, diese Beschränkung, die Satz 2 aufstellt, wäre ganz zwecklos, wenn sie den von den Gegnern erläuterten Sinn hätte, es wäre dann gar keine Einschränkung. Es muß ihm zugestimmt werden, denn daß ein Ausschließungsrecht gegen Dritte dem Fortbenutzungsberechtigten nicht zustand, war schon durch die alte Fassung unzweifelhaft. Wenn unter dem Banner des alten Patentgesetzes das Reichsgericht in der Entscheidung vom

[1]) Entsch. vom 28. Juli 1902 in Gewerbl. Rechtsschutz und Urheberrecht Bd. 9 S. 304.

11. Juni 1890[1] erklärte, der Fortbenutzungsberechtigte wäre neben dem Patentinhaber zu alle dem befugt, wozu dieser die Berechtigung hätte, nur fehle ihm das Untersagungsrecht, so wollte die neue Fassung nicht diese Praxis bestätigen, wie Seligsohn und Allfeld annehmen, sondern tatsächlich eine Einschränkung normieren. Wenn auch aus dem Wortlaut des Gesetzestextes die Absicht der Einschränkung nicht ersichtlich ist – es fehlt das Wörtchen „nur" —, so heben doch die Motive die Einschränkungsabsicht sehr stark hervor: „Eine beliebige Erweiterung der Ausnutzung für die Zwecke seines Betriebes, aber auch nur für diese Zwecke[2])". Es geht daraus zur Genüge hervor, daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen ist, den alten Umfang der Befugnis bestehen zu lassen. Auch halten die Gründe, die Kohler für seine Ansicht nennt, nicht stand. Wenn es dem Fortbenutzungsberechtigten nicht gestattet ist, neue Betriebe zu errichten, oder in anderen Betrieben als in denjenigen, die zur Zeit der Anmeldung mit den betreffenden Maßnahmen versehen waren, die Erfindung auszunutzen, so kann man noch lange nicht von einem „Stereotypieren des Produktions- oder Kundenkreises" reden, auch nicht von einem „quantitativen Festlegen der Produktion[3])".

So zeigt es sich denn auch, daß Kohler seine Konsequenzen nicht bis zum Schlusse aufrecht erhalten kann. Er sagt, wenn die Person des Vorbenutzers der Staat oder die Gemeinde ist, so dürfe sie nicht von einem auf den anderen Betrieb überspringen und neue Werkstätten errichten[4]). Wenn etwa der Staat eine Erfindung in Elektrizitätswerken oder zur Gasbeleuchtung der Straßen verwandt hätte, so dürfe er nicht die gleiche Erfindung später in einer Tabakmanufaktur ausnutzen. Kohler rechtfertigt dies damit, daß der Staat dann sozusagen in zwei Rollen auftritt, es wären zwei Persönlichkeiten vorhanden, einmal ein Erfüller sozialer Aufgaben, das zweite Mal ein Privatindustrieller. Zunächst ist darauf zu erwidern, daß der Erfüller sozialer Aufgaben fast immer die industrielle Ausbeute ebenso betreibt wie der Privatmann: Städtische

[1]) Gar. Bd. 8 S. 289.
[2]) Mot. II S. 17, zit. nach Seligsohn S. 135.
[3]) Hdb. S. 483.
[4]) Hdb. S. 484.

Gas und Elektrizitätswerke arbeiten zum großen Teile als Industrielle; eine Abgrenzung ist selten vorhanden. Und weiterhin – was Kohler von öffentlich-rechtlichen Verbänden sagt, könnte ebenso gut von Privatpersonen gesagt werden: Ein Mann, der eine Bierbrauerei und eine Branntweinbrennerei besitzt, ist einmal Bierbrauer und das andere Mal Branntweinbrenner.

Es ist mit der Annahme der Meinung Isay's noch lange nicht gesagt, daß dem Betriebe des Fortbenutzungsberechtigten das Expansionsvermögen genommen ist. Auch die Möglichkeit der Errichtung neuer Werkstätten ist ihm geblieben, wenn diese sich zusammen mit den bisherigen nur als ein Betrieb darstellen. Die Füglichkeit, neue Betriebe in beliebiger Anzahl zu errichten, würde dem Berechtigten de facto sogar die Möglichkeit verschaffen, Lizenzen zu gewähren, denn da er das Recht zusammen mit dem Betriebe veräußern darf, so könnte er den mit dem Rechte verbundenen Betrieb veräußern und immer wieder neue Betriebe errichten[1].

Schanze wählt, wie erwähnt, nicht den extremen Standpunkt Isay's. Er billigt dem Fortbenutzungsberechtigten das Recht zu, Zweigniederlassungen seines Betriebes zu errichten[2]; er faßt dies so auf, daß Zweigniederlassungen die Identität des Betriebes nicht zerstören; der Betrieb bleibt derselbe. Prinzipiell steht er auf demselben Standpunkte wie Isay, nur will er die Grenze ein wenig zu Gunsten des Fortbenutzungsberechtigten verschoben wissen. Darüber ließe sich streiten. Jedoch ist diese sozialpolitisch vielleicht wichtige Frage für unsere Zwecke unwesentlich. Auch bei Annahme dieser Ansicht könnten faktisch keine Lizenzen geschaffen werden, da der Betrieb als Ganzes nur veräußert werden könnte, die Zweigniederlassungen aber nur als Teile eines und desselben Betriebes nach Schanze aufgefaßt werden könnten.

Das Reichsgericht hat bisher noch nicht Gelegenheit gehabt zu dieser Frage Stellung zu nehmen.

§ 49.

Auch bezüglich des Zeitpunktes, wann diese Beschränkung des Fortbenutzungsrechtes einzutreten habe, ist Isay beizutreten. Da

[1] Vgl. Isay S. 176.
[2] S. 266.

eine Beschränkung eintritt, — die vorher als Folge des Immaterialgutsbesitzes bestehende Handlungsmöglichkeit ist zur Berechtigung geworden, aber mit einer Einschränkung [1]) — so muß ein bestimmter Zeitpunkt vorhanden sein, der die Norm für die Grenzen gibt. Von den drei in Frage kommenden Zeitpunkten — Anmeldung, Bekanntmachung, Erteilung — wählt Isay wohl mit Recht die Zeit der Anmeldung mit der Begründung, wenn für die Entstehung des Rechtes dieser Zeitpunkt maßgebend sei, dann müsse er auch für den Umfang desselben entscheidend sein.

Daß die Veranstaltungen zur Benutzung dem Benutzen bezüglich der Begründung gleichstehen, infolgedessen auch bezüglich des Umfanges des Rechtes, ist oben § 23 auseinandergesetzt; es kann auf jene Erörterungen Bezug genommen werden.

§ 50.

Die Frage, wie weit fremde Werkstätten in Betracht kommen, hängt aufs engste mit den „Bedürfnissen des eigenen Betriebes" zusammen. Das Gesetz erklärt die Ausnutzung für den eigenen Betrieb für befugt, gleichgiltig ob sie in eigenen oder fremden Werkstätten erfolgt. Die systematischen Darstellungen lassen diese Frage unerörtert. Die Kommentatoren sind sich darüber einig, daß Heimarbeiter, Zwischenmeister und selbständige Industrielle zur Ausführung des Erfindungsgegenstandes befugt sind, sofern sie für die Zwecke des Betriebes des Fortbenutzungsberechtigten arbeiten [2]), doch läßt auch hier Isay die Ausnutzung nur insoweit gerechtfertigt erscheinen, als der Betrieb des Berechtigten keine Aenderung erfährt. Dies ist die notwendige Folgerung des oben entwickelten Standpunktes und bedarf keiner weiteren Erörterung. Isay bemerkt des weiteren sehr zutreffend, daß das Gesetz an dieser Stelle nicht von Benutzen, sondern von Ausnutzen spricht, daß es also nicht notwendig sei, daß der Betrieb der fremden Werkstätte dem eigenen Betriebe eingegliedert sei. Der Begriff „Ausnutzen" ist, wie Isay richtig bemerkt, weiter als „Benutzen". Schanze geht in der Einschränkung der Bedürfnisse des Betriebes, die in fremden Werkstätten ausgenutzt

[1]) s. oben § 37.

[2]) Vgl. Kent S. 564; Seligsohn S. 155; Allfeld S. 108; Stenglein S. 60; Isay S. 177 u. a.

werden, am weitesten. Er vertritt den Standpunkt, daß fremde Werkstättenbesitzer an der Fortbenutzung des Berechtigten nur als Gehilfen nicht als Täter, oder anders ausgedrückt: „nur als Beteiligte eines fremden, nicht als Inhaber eines eigenen Betriebes" teilnehmen dürfen. Er beruft sich dabei auf eine Reichsgerichtsentscheidung vom 25. Februar 1895[1]), in der einem Fabrikanten, der auf Bestellung eines anderen Erfindungsgegenstände hergestellt hat, das gewerbliche Fortbenutzungsrecht zuerkannt wird, dem Besteller aber nicht. Diese Ansicht ist zurückzuweisen. Das Reichsgericht stellte hier etwas anderes fest, nämlich daß eine Benutzung im eigenen Interesse für den eigenen Betrieb nicht vorlag. Mit Recht verwirft auch Isay[2]) diese Ansicht Schanzes mit dem Bemerken, daß die Folgerung, die man daraus ziehen müßte, doch seltsam wäre, daß der Landwirt die vorher benutzte Maschine zwar im Auslande herstellen lassen und einführen, aber im Inlande nicht in Auftrag geben dürfte.

§ 51.

De lege ferenda wäre zu erwägen, ob in einem Falle, wie dem erwähnten, der Landwirt, der eine Maschine aus dem Auslande bezogen und hier vor der Patentanmeldung seitens eines anderen in Benutzung genommen hat, befugt sein soll, diese Maschine hinfort bei einem anderen als dem Patentberechtigten zu beziehen. Das ganze Patentrecht soll doch die gewerbliche Ausnutzung der Erfindung zum Gegenstande haben. Der dem Verkehr übergebene Erfindungsgegenstand wird aber nur gebraucht, die Erfindung als solche wird durch diesen Gebrauch nicht gewerblich ausgenutzt. Die mangelhafte Fassung des § 4 P. G., vor allem aber der vage Ausdruck „gebrauchen" lassen eine Unterscheidung zwischen dem Gebrauchen des dem Verkehr übergebenen Erfindungsgegenstandes und dem gewerblichen Gebrauchen der Erfindung — will sagen des gedanklichen Inhaltes der Erfindung — nicht erkennbar zum Ausdruck kommen. Der in § 5 gebrauchte Ausdruck „Inbenutzungnehmen", der eng mit den Benutzungsarten des § 4 zusammenhängt, dürfte sich nicht auf das Benutzen des Erfindungsgegenstandes

[1]) Gar. Bd. 11 S. 70 ff.
[2]) S. 177.

seitens des Abnehmers einer Maschine beziehen; dies könnte durch eine exaktere Fassung des § 4 P. G. erreicht werden. Es liegt auch durchaus kein sozialpolitisches Interesse vor; der monopolisierte Gegenstand müßte von dem Monopolberechtigten bezogen werden, und wenn jemand vor der Monopolisierung den Gegenstand aus anderer Quelle besaß, so ist darum nicht gesagt, daß er fernerhin auch das Monopol umgehen dürfe. Selbstverständlich dürfte ihm der Gebrauch des einmal angeschafften Erfindungsgegenstandes nicht entzogen werden; ebenso dürfte die Fortführung des einmal eingerichteten Betriebes für ein nachmalig geschütztes Verfahren nicht untersagt sein.

III. Uebertragung des Rechts.

§ 52.

Satz 3 des § 5 Abs. 1 P. G. stellt dem Umfange des Rechtes eine weitere Schranke auf, eine Beschränkung in der Verfügung: die Befugnis kann nur zusammen mit dem Betriebe vererbt oder veräußert werden. Es kann also das Recht, welches ein Vermögensrecht ist[1], nicht selbständiges Vermögensobjekt, nicht an sich Gegenstand des Verkehrs sein. Dies ist zum Schutze des Patentinhabers angeordnet; der Vorbenutzungsberechtigte soll nicht in der Lage sein, Lizenzen zu erteilen (§ 6 P. G.[2]).

Die Seligsohn'sche Ansicht[3], daß auch der Privatvorbenutzer, ohne irgend einen Betrieb zu besitzen, das Recht aus § 5 P. G. veräußern könne, erledigt sich nach dem oben § 20 bis § 22 und § 40 Gesagten. Da der private Vorbenutzer nicht das gewerbliche Fortbenutzungsrecht hat, kann er es auch nicht übertragen; es kommt nur der in Frage, der einen Gewerbebetrieb besitzt oder die erforderlichen Anstalten zu seiner Errichtung trifft[4]. Der Uebergang vollzieht sich hierbei nach den allgemeinen Regeln über den Vertrag. Hat der Veräußerer sein Recht übertragen, so ist er desselben vollständig verlustig gegangen; der Erwerber ist nunmehr gegenüber

[1]) Vgl. oben § 37 am Ende.

[2]) Vgl. Isay S. 178; Seligsohn S. 157; Damme S. 359 u. a.

[3]) S. 157.

[4]) Gleicher Meinung: Schanze S. 273. Anderer Meinung: Allfeld S. 110 und Stenglein S. 61.

dem Patentinhaber geschützt[1]). Ist der Uebergang des Rechtes bei Veräußerung des Betriebes nicht ausdrücklich erklärt, so wird man stillschweigende Zustimmung des Veräußerers annehmen müssen, daß das Recht mit übergehen solle[2]).

§ 53.

Daß der Betrieb schon bestehe, ist nicht notwendig. Nach den in Satz 1 des § 5 P. G. entwickelten Grundsätzen ist es nur notwendig, daß erkennbare Veranstaltungen zur Errichtung des Betriebes vorhanden sind; es können diese Veranstaltungen im vorhandenen Zustande zugleich mit dem Rechte übertragen werden. Natürlich darf der Rechtsnachfolger in den Veranstaltungen keine Unterbrechung eintreten lassen; er muß vollständig die Stelle des Veräußerers einnehmen. Allfeld[3]) hält sich allein an den Satz 3 des Abs. 1 und will eine Uebertragung nur möglich wissen, wenn der Betrieb schon eingerichtet ist. Ebenfalls Stenglein[4]) legt Satz 3 strikte aus, weil auch er dem privaten Vorbenutzer das gewerbliche Fortbenutzungsrecht zukommen läßt, dieses für rein persönlich erklärt und die Negoziabilität desselben sozusagen nur als Appendix betrachtet, wenn ein Betrieb vorhanden ist. Wenn also A umfangreiche Veranstaltungen zur Ausnutzung einer Erfindung trifft, Zeit, Mühe und Geld dafür opfert und, während B inzwischen auf dieselbe Erfindung ein Patent erwirbt, stirbt, so sollten die Erben des A nicht vollkommen in die Rechtsposition ihres Erblassers eintreten können! Das hieße doch allzu enge das Gesetz interpretieren, wollte man strikte die Vorschrift dieses Satzes betrachten, und sich nicht einmal um die Vorschrift desselben Gesetzesparagraphen kümmern!

§ 54.

Die meisten erklären das Recht der gewerblichen Fortbenutzung als der Person des Berechtigten anhaftend, der es mit dem Betriebe veräußern kann; es soll aber auch möglich sein, daß er es für seine Person zurückbehält und den Betrieb ohne das Recht veräußert.

---

[1]) Vgl. R. G. E. vom 9. Januar 1883, Gar. Bd. 4 S. 286.
[2]) Vgl. Seligsohn S. 157; Kent S. 566 u. a.
[3]) S. 110.
[4]) S. 61.

So Damme[1]), Kohler[2]), Osterrieth[3]), Seligsohn[4]), Allfeld[5]), Stenglein[6]), Ephraim[7]) und Kent[8]). Und ihnen stehen entgegen Zoll[9]), Adler[10]) und Isay[11]); diese sagen: Wird der Betrieb ohne das Recht veräußert, so geht es unter. Schanze[12]) steht auf dem gleichen Boden, trotzdem er vorher[13]) behauptete, „die Beschränkung sei eine dem subjektiven Patentrecht immanente[14])".

Allfeld und Stenglein geben als Begründung ihrer Meinung die rein persönliche Natur des Rechtes an. Kohler, Damme, Osterrieth, Ephraim und Seligsohn verzeichnen keine Gründe. — Aus Zoll's Konstruktion des Rechtes aus § 5 folgt notwendigerweise, daß es am Betriebe haftet. — Adler führt den rechtlichen Zusammenhang zwischen Objekt und Recht auf die wirtschaftlichen Interessen zurück; ihm stimmt Schanze zu. Isay erklärt, das Recht sei an den Betrieb, nicht an die Person des Vorbenutzers geknüpft. Daher könne zwar der Betrieb ohne das Fortbenutzungsrecht, nicht aber umgekehrt dieses ohne den Betrieb fortbestehen. Wer hat Recht?

Ueberschaut man den gesetzgeberischen Grund und die wirtschaftlichen Interessen, die dabei in Frage kommen, so wird man die letztere Ansicht gut heißen müssen. Allfeld und Stenglein halten das Persönlichkeitsrecht auch im § 5 P. G. aufrecht, der ganzen Konstruktion des „Rechtes des Erfinders" wegen. Nun soll aber § 5 denjenigen schützen, der Zeit, Geld und Mühe verwandt hat, und zwar der diese Verwendungen für einen gewerblichen Betrieb gemacht hat. Im übrigen soll der Privilegieninhaber das umfassende Recht genießen. Dem Fortbenutzungsberechtigten kann es also, so

---

1) S. 359.
2) Hdb. S. 483.
3) S. 108.
4) S. 157.
5) S. 110.
6) S. 61.
7) S. 444.
8) S. 572.
9) Grünhuts Zeitschrift Bd. 21 S. 563 f.
10) Grünhuts Zeitschrift Bd. 27 S. 579 Anm. 40.
11) S. 178.
12) S. 274.
13) S. 204.
14) Vgl. oben § 34 am Ende.

wenig es ihm gestattet sein kann, neue Etablissements zu gründen und den Patentinhaber zu schädigen[1]), ebensowenig erlaubt sein, sich das Recht aus § 5 zurückzubehalten und seine bestehenden Betriebe ohne das Recht zu veräußern, um später sich andere Betriebe neu einzurichten, denen er das Recht, das seiner Person anhaften soll, wieder einverleibt. Seligsohn hilft sich damit zu erklären, daß das Recht des § 5 niemals zwei verschiedenen Rechtssubjekten zustehen könne. Was für einen Zweck sollte denn seine Annahme haben? Kent[2]) meint mit Recht, das könnte nur von Bedeutung sein, wenn der Veräußerer den Betrieb später zurückerwirbt. Es liegt gar kein schutzwürdiges Interesse vor, jemandem, der dem Betrieb, für den er Aufwendungen gemacht hat, das wertvolle Recht entzieht, dieses Recht zu lassen. Damit ist gleichzeitig die Frage erledigt, ob der Betrieb und das Recht uno actu übertragen werden müssen. Wer den Betrieb allein veräußert und späterhin das Recht dazu übertragen wollte, würde das nicht mehr tun können, da inzwischen das Recht untergegangen ist[3]). Sehr treffend bezeichnet Schanze[4]) den Sinn der Gesetzesvorschrift: es sollen dem Berechtigten „nicht die Vorteile gewahrt werden, welche die beliebige Ausbeutung der Erfindung bietet, sondern es soll der Vorbenutzer vor den Nachteilen behütet werden, die ihn treffen würden, wenn er die bereits begonnene Benutzung nicht fortsetzen dürfte". Es kann auch Adler vollkommen zugestimmt werden, wenn er sagt: „Unzulässig ist eine Teilung des Betriebs und Veräußerung der Teilung mit dem Vorbenutzerrechte, denn dieses besteht nur einmal und kann nur mit dem Betriebe veräußert werden". Jedoch darf das nur so aufgefaßt werden, daß derjenige, der die Fortbenutzungsbefugnis besitzt, nicht nach Erwerb derselben seinen Betrieb teilen darf. Wenn jemand aber eine Erfindung in mehreren selbständigen Betrieben, etwa in einer Ziegelei und einer Zuckerfabrik, eingeführt hat, und ein anderer ein Patent auf sie erwirbt, so wird man dem aus § 5 Berechtigten doch nicht zumuten können, bei Veräußerung eines der Betriebe die bestehenden Einrichtungen abzubrechen. Der

---

[1]) s. oben § 48.
[2]) S. 567.
[3]) Anderer Meinung: Osterrieth S. 108.
[4]) S. 274.

Erwerber wird die Erfindung weiter benutzen dürfen, aber ebenfalls der Vorbenutzer, der den anderen Betrieb zurückbehält. Dies ist von Schanze, Isay und Adler nicht genügend hervorgehoben, dagegen bei Österreich[1] und Allfeld[2] ausdrücklich erwähnt. Bei Zoll würde es eine notwendige Folge der im übrigen nicht zu billigenden Konstruktion des Rechtes sein.

Eine rein hypothetische Frage, die wohl kaum praktisch werden könnte, auch in der Litteratur nirgends behandelt ist, sei noch erwähnt. Würde beim Zusammentreffen des gewerblichen Fortbenutzungsrechtes mit dem Patentrechte in einer Person das erstere erlöschen oder nur ruhen? Nach all den Erörterungen muß man annehmen, daß es nur ruhen würde, da das Recht dem Betriebe inhärent ist und nach seiner Entstehung nicht mehr an die Person des Vorbenutzers geknüpft ist. Als Vermögensrecht dokumentiert es sich in einer Werterhöhung des mit ihm verbundenen Betriebes. Wollte also der Träger beider Rechte den Betrieb, in dem die Vorbenutzung stattgefunden hat, veräußern und dem Erwerber ein Recht auf Ausübung der Erfindung für das ganze Reich einräumen, so könnte er es in der Weise tun, daß er ihm den Betrieb mit dem ruhenden Fortbenutzungsrechte überträgt: er brauchte nicht die Form der Lizenzgewährung zu wählen.

§ 55.

Ob der Betrieb wirklich übergegangen ist, ist Tatfrage. Der Beweis des Ueberganges des Betriebes ist notwendig zum Beweis dafür, daß das Recht der Fortbenutzung erworben ist[3]. Der Uebergang des Betriebes richtet sich nach den Regeln des bürgerlichen Rechtes und des Handelsrechtes. Der Rechtsgrund der Uebertragung kann ein mannigfacher sein: Kauf, Pacht, Nießbrauch, Verpfändung. Bei allen diesen Uebertragungsarten muß aber immer Betrieb und Recht gleichzeitig übergehen. Auch ist das Inferieren in eine Handelsgesellschaft oder dergleichen möglich[4]. § 437 B. G. B. betreffend den Bestand des Rechtes beim Kauf findet Anwendung.

---

[1]) S. 108.
[2]) S. 111.
[3]) Vgl. Isay S. 178.
[4]) Vgl. Seligsohn S. 158; Kent S. 566.

§ 56.

Die Frage, ob bei teilweiser Uebertragung des Betriebes das Fortbenutzungsrecht mit übergehen kann, ist theoretisch nicht zu beantworten. Adler[1]) und Kent[2]) entscheiden sich zwar für die Verneinung. Es hat viel Wahrscheinlichkeit, daß in den meisten Fällen so entschieden werden müßte; doch wäre es Tatfrage, ob die Kontrahenten — oder der Uebertragende allein in fraudem legis handeln wollten oder ob es einer wirtschaftlichen Notwendigkeit entsprach (vielleicht bei Erbteilungen). Im letzteren Falle müßte man sich für den Uebergang des Rechtes mit einem der Teile des Betriebes entscheiden.

§ 57.

Die Geltendmachung und der Schutz des gewerblichen Fortbenutzungsrechtes gehören nicht in den Rahmen des behandelten Themas, dagegen steht an der Grenze die Frage, ob eine Uebertragbarkeit im Wege der Zwangsvollstreckung möglich ist. Sie sei kurz erörtert:

Es besteht darüber eine Kontroverse. Kohler[3]) erklärt das Recht aus § 5 auf dem Wege der Zwangsvollstreckung für veräußerlich, und zwar zusammen mit dem Betriebe. Kent[4]) erklärt eine Zwangsvollstreckung in das Fortbenutzungsrecht für zulässig, da es ein Vermögensrecht sei, setzt aber vorsichtigerweise hinzu, man könnte die Uebertragbarkeit auf dem Zwangswege bezweifeln, weil der tatsächliche Vorgang des Betriebes nicht pfändbar sei. Doch diese Zweifel sucht er zu beseitigen mit Berufung auf § 857 und § 888 Z. P. O. Die tatsächliche Ausübung könne dem Schuldner untersagt und die Uebertragung des Betriebes erzwungen werden. Diese Auffassung weist Wertheimer in seinem Aufsatze „Zwangsvollstreckung in gewerbliche Schutzrechte[5])" mit Recht zurück. Das Fortbenutzungsrecht sei zwar vermögensrechtlicher Natur, aber mit dem Betriebe unlösbar verknüpft. Da der Betrieb nicht

[1]) S. 579 l. c.
[2]) S. 568.
[3]) Hdb. S. 483.
[4]) S. 569.
[5]) Leipziger Zeitschrift Bd. 2, S. 363 ff.

gepfändet werden könne, so sei auch das Recht des § 5 P. G. nicht pfändbar. § 888 Z. P. O. greife nicht durch, dazu müsse eine Verpflichtung des Schuldners zur Vornahme einer Handlung bestehen, außerdem diese Verpflichtung durch ein vollstreckbares Urteil ausgesprochen sein. Die Uebertragung eines Betriebes ist aber, wie Wertheimer ausführt, nicht eine einfache Sache. Es hängen hier Rechte und Pflichten eng miteinander zusammen; es werde das Erzielen des Einverständnisses mit dem Erwerber vorausgesetzt u. a. m. — Osterrieth[1]) umgeht die Schwierigkeit der Frage, indem er den Kernpunkt unerörtert läßt: „Soweit der Betrieb der Zwangsvollstreckung unterliegt, ist dies auch mit dem Vorbenutzungsrecht der Fall". Seligsohn[2]) erklärt, das Recht sei nicht pfändbar, „es sei denn, daß kein Betrieb vorhanden ist". Dieser Meinung wird nicht beizupflichten sein. Seligsohn nimmt nämlich auch die private Vorbenutzung als Voraussetzung zur Entstehung des Rechtes an. Dies ist, wie oben nachgewiesen, abzuweisen. Und der noch nicht eingerichtete Betrieb im Stadium der erkennbaren Veranstaltungen ist ebenfalls nicht pfändbar; es wird somit ein Recht aus § 5 P. G. nie der Zwangsvollstreckung unterliegen.

Im Konkurse wird das Fortbenutzungsrecht, da es Vermögensrecht ist, insoweit zur Masse zu rechnen sein, als das Geschäft in Verbindung mit dem Rechte veräußert werden soll (§ 134 Ziffer 1 K. O.), sonst nicht[3]).

IV. Schutz der Produkte.

§ 58.

Es bleibt noch übrig, über den Schutz der Produkte zu reden, die der Fortbenutzer hergestellt hat. Es ist in Litteratur und Praxis widerspruchslos[4]) anerkannt, daß dritte Personen die Produkte des aus § 5 Berechtigten gewerbsmäßig gebrauchen, feilhalten und im Zwischenhandel verwerten dürfen. Das ist selbstverständlich; denn sonst wäre das Fortbenutzungsrecht vollkommen wertlos und

[1]) S. 108.

[2]) S. 157.

[3]) Anderer Meinung: Kent S. 570.

[4]) Eine Ausnahme macht Bettelheim, Allgemeine österreichische Gerichtszeitung 1900 S. 191, zit. bei Schanze S. 262.

zwecklos. Wenn der Abnehmer erst die Erlaubnis des Patentberechtigten einholen müßte, den vom Fortbenutzungsberechtigten erworbenen Erfindungsgegenstand gewerblich zu gebrauchen, so wäre das Recht des letzteren vollkommen illusorisch. Daß die Produkte des Fortbenutzungsberechtigten von den Wirkungen des Patentes nicht getroffen werden und Gegenstände des freien Verkehres sind, ist so selbstverständlich, daß ein dem Reichstag bei der Beratung des § 5 vorgelegter Antrag, eine diesbezügliche Normierung mit aufzunehmen, ohne Widerspruch abgelehnt wurde [1]). Mehrere Reichsgerichtsentscheidungen bestätigen diese Auffassung [2]). Es ist nur zweifelhaft, ob der Abnehmer des Fortbenutzungsberechtigten gutgläubig sein muß, d. h. wissen muß, daß sein Rechtsvorgänger die Befugnis zur Herstellung neben dem Patentberechtigten hatte. Stenglein [3]) sagt, er muß gutgläubig sein, denn sonst macht er sich einer Patentverletzung schuldig. Kohler [4]), Gierke [5]), Schanze [6]), Allfeld [7]), Kent [8]) u. a. sprechen sich gegen diese Ansicht aus und nehmen eine am Gegenstande haftende Exemtion an. Und dies zwar mit Recht. Es ist gleichgiltig, ob der Erwerber vom Bestehen des Patentes oder des Fortbenutzungsrechtes etwas weiß. „Der Erwerber einer rechtmäßig hergestellten Sache ist patentrechtlich gedeckt [9])".

V. Endigung des Rechts.

§ 59.

Das gewerbliche Fortbenutzungsrecht entsteht zusammen mit dem Patent, wie oben nachgewiesen ist. Das Patent macht die aus dem Immaterialgutsbesitz an der Erfindung entspringenden Handlungsmöglichkeiten zu Berechtigungen für den Vorbenutzer.

---

[1]) Vgl. Schanze S. 260. f.

[2]) z. B. Entsch. vom 14. 3. 1882, Gar. Bd. 3 S. 175; 9. 1. 1883, Gar. Bd. 4 S. 286; 20. 9. 1902, Gar. Bd. 15 S. 125.

[3]) S. 60.

[4]) Hdb. S. 453, 454.

[5]) S. 885.

[6]) S. 264.

[7]) S. 108.

[8]) S. 571.

[9]) Kohler, Hdb. S. 453.

Fällt also das Patent fort, so bedarf es keines Rechtes mehr, gegen das Patent aufzukommen, das Recht erlischt. Es geht ferner unter, wenn sich der Berechtigte desselben begibt, freiwillig oder unfreiwillig. Die erste Alternative bedarf keiner Erörterung. Eine unfreiwillige Begebung kann, wie oben gezeigt, eintreten, wenn der Berechtigte den Betrieb einstellt oder den Betrieb ohne das Recht veräußert. Auch wenn der Berechtigte die Veranstaltungen nicht bis zu Ende führt, d. h. nicht einen Betrieb einrichtet, erlischt das Recht. Dagegen geht das einmal dem Betriebe inhärente Recht nicht durch Nichtausübung unter wie das Patentrecht (§ 11 P. G.). So lange der Betrieb besteht und das Patent an der betreffenden Erfindung, so lange besteht für den Vorbenutzer oder dessen Rechtsnachfolger das gewerbliche Fortbenutzungsrecht.

Lebenslauf.

Am 3. August 1879 bin ich, Oskar Proskauer, Sohn des verstorbenen Kaufmanns Julius Proskauer und seiner Ehefrau Anna geb. Breitbarth zu Bauerwitz, Kreis Leobschütz, in Schlesien geboren. Ich bin Preuße und jüdischen Bekenntnisses.

Nachdem ich Michaelis 1899 die Abiturientenprüfung am Gymnasium zu St. Maria-Magdalena zu Breslau bestanden hatte, arbeitete ich ein Jahr bei der Kgl. Werkstätten-Inspektion Breslau IV als Maschinenbaueleve und studierte dann an der Königl. Technischen Hochschule zu Berlin Maschinenbau. Am 9. Oktober 1902 bestand ich die Vorprüfung; am 26. Juni 1905 wurde mir nach Ablegung der Hauptprüfung der Grad eines Diplom-Ingenieurs erteilt. Dann arbeitete ich bei der Firma J. M. Voith in Heidenheim a. d. Brenz (Württemberg) als Konstrukteur für Papiermaschinen. Am 1. Oktober 1906 verließ ich diese Stellung und studierte 6 Semester an der Kgl. Universität Breslau die Rechte. Am 10. März 1910 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 3. Mai 1910 das examen rigorosum. Zur Zeit bin ich dem Kgl. Amtsgericht in Striegau zur praktischen Ausbildung als Referendar überwiesen.